

Société de législation comparée
Section Droit de l'action publique

Groupe de travail

**L'ACTE ADMINISTRATIF A PORTEE GENERALE
ET SON CONTROLE JURIDICTIONNEL**

Composition du groupe de travail :

Aurélien Antoine, Professeur à l'Université Jean-Monnet de Saint-Etienne

Antoine Claeys, Maître de conférences à l'Université de Poitiers

Benoît Delaunay, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), responsable du groupe de travail

Aurore Gaillet, Professeur à l'Université de Toulouse I

Marie Gautier-Melleray, Professeur de droit public, Maître des requêtes en service extraordinaire au Conseil d'Etat

François-Vivien Guiot, Doctorant, Université de Bordeaux

Jean Latournerie, Avocat à la Cour

Thomas Perroud, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

PRESENTATION GENERALE

Benoît Delaunay

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Rapporteur du groupe de travail

1. – Objet de l'étude

La présente étude, qui inaugure les travaux de la Section droit de l'action publique de la Société de législation comparée, a pour objet principal d'identifier, dans un cadre principalement européen, la catégorie de l'acte administratif à portée générale et de présenter les principales caractéristiques du contrôle juridictionnel qui porte sur cet acte.

Plus généralement, il s'agit de rechercher dans quelle mesure l'acte administratif à portée générale – qui, souvent identifié à l'acte réglementaire, n'est cependant pas entièrement réductible à lui, notamment dans le système britannique – diffère des actes administratifs individuels au regard du contrôle juridictionnel.

On sait en effet qu'en droit administratif français, les décisions administratives des pouvoirs publics relèvent toutes d'un même régime, qui permet un contrôle juridictionnel poussé mais qui fait peu de cas de la distinction entre actes individuels et réglementaires. De ce point de vue, il convient de mesurer, en s'interrogeant sur la manière dont les Etats voisins résolvent cette question, si le contrôle très approfondi que le juge administratif français opère sur les actes administratifs à portée générale a son équivalent dans les droits européens.

Pour ce faire, l'étude s'attache à rechercher et à décrire les actes administratifs à portée générale ainsi que les différents éléments du contrôle qui leur est applicable (sa nature, son étendue, l'office du juge...). Au-delà, elle doit également permettre de comprendre ce que le contrôle des actes réglementaires révèle de la nature de l'acte de portée générale – à ce stade l'acte réglementaire – et du contrôle du juge dans les différents pays objets de la comparaison.

2. – Champ de l'étude

Rationae materiae. Le contrôle dont il est question est le seul contrôle juridictionnel, c'est-à-dire le contrôle effectué par le juge et consistant à confronter la norme à caractère générale à une norme supérieure (loi, constitution, traité, acte de l'Union européenne...).

Sont donc par exemple exclus les contrôles qu'exercent le Parlement ou l'ombudsman.

Rationae loci. En raison de l'ampleur du thème de l'étude et de la nécessité d'approfondir chacun des exemples, le choix a été fait de faire porter l'analyse prioritairement sur les droits européens, de tradition aussi bien continentale que de *Common Law*. Ce choix est la résultante de plusieurs considérations, dont les plus déterminantes sont liées à l'importance et à la variété des solutions apportées par ces droits à la question de l'identification de l'acte réglementaire ainsi qu'à l'existence de sources bibliographiques minimales sur le sujet. Cependant, il a paru également utile d'enrichir l'étude de quelques éléments tirés du droit américain.

Dans cette perspective, le groupe a retenu, pour examen :

- le droit français
- le droit britannique,
- le droit allemand,
- le droit belge,
- le droit italien,
- le droit espagnol,
- le droit de l'Union européenne,
- à titre subsidiaire, le droit américain.

Ces droits font l'objet d'un rapport spécifique qui détaille la présentation générale (cf. *infra*).

3. – Plan de l'étude

Il a paru utile de ne pas faire l'économie d'une étude liminaire de l'identification de l'acte de portée générale (I), préalable indispensable à l'examen du contrôle du juge sur ce dernier (II)

et détour riche d'enseignements en lui-même.

I/ Identification de l'acte administratif à portée générale

4. – Terminologie des actes administratifs à portée générale

Le terme d' « acte administratif à portée générale » doit être préféré à celui d' « acte réglementaire » dans la mesure où ce dernier n'existe pas dans tous les droits étudiés et où, lorsqu'il existe, n'a de surcroît pas toujours les mêmes contours.

En revanche, tous les systèmes juridiques étudiés connaissent matériellement au moins d'actes administratifs à portée générale qui les rapproche, de ce fait, davantage de la loi que de l'acte administratif individuel, étant entendu que dans la totalité des systèmes étudiés, le règlement reste subordonné à la loi.

De ce point de vue, encore une fois, le cas français est assez original en ce qu'il ne distingue pas les actes individuels et réglementaires dans le régime de contrôle applicable.

A. Identification positive des actes administratifs à portée générale

5. – Identification empirique

Chaque droit recourt à des terminologies distinctes pour désigner cette même réalité.

Dans le cas français, les actes administratifs à portée générale s'épuisent dans la catégorie des actes réglementaires qui sont de valeur différente : arrêtés, ordonnances...

En Belgique, les actes « législatifs » sont dénommés « lois » lorsqu'ils émanent du Parlement fédéral, « décrets » lorsqu'ils sont adoptés par les assemblées des communautés et « ordonnances » pour les assemblées de région. Les actes réglementaires au sens du droit français sont généralement dénommés « arrêtés ».

Au Royaume-Uni, la notion d'acte administratif autonome de portée générale n'existe pas en principe, conséquence du principe de souveraineté du Parlement. Elle est souvent remplacée par les termes de « législation délégué ». L'Exécutif ne peut agir sans une habilitation législative.

En droit de l'Union européenne, il n'a longtemps pas existé de distinction formelle entre les actes de portée générale, les directives et règlements désignant indifféremment les actes législatifs et administratifs. Ce n'est qu'avec le traité de Lisbonne que la notion d'acte législatif a été consacrée et, corrélativement, la notion d'acte réglementaire, entendu comme un acte administratif de portée générale, s'incarne dans *l'acte d'exécution de portée générale*.

6. – Identification doctrinale

Un point commun réunit les différents cas étudiés et réside dans la faible activité de la doctrine pour s'emparer de l'étude de l'acte à portée générale.

Au pragmatisme britannique qui rend difficile l'élaboration de concepts généraux et de classifications claires, on peut toutefois opposer le droit administratif allemand qui a fait l'objet d'un effort soutenu de systématisation dès la fin du XIX^{ème} siècle sous les meilleures plumes (Gerber, Laband, Jellinek, Mayer) qui ont élaboré, sur la base d'une méthode héritée du droit civil allemand, les concepts et principes du droit public.

De même, l'étude du recours pour excès de pouvoir en droit français a pu conduire les auteurs à s'intéresser à la question au cours du XX^{ème} siècle (Hauriou, Rivero) mais depuis lors les études sont rares même si l'on distingue, entre autres, les travaux du professeur Michel Verpeaux sur la naissance du pouvoir réglementaire et ceux du professeur Michel Fromont pour ses nombreuses études comparées, notamment sur cette question.

En Espagne, au tournant des années 1960, les travaux du professeur Eduardo Garcia de Enterría (*L'interdiction de l'arbitraire du pouvoir réglementaire*, 1959 ; *La lutte contre les immunités du pouvoir (pouvoir discrétionnaires, pouvoirs de gouvernement et pouvoirs normatifs)*, 1962) ont contribué à édifier une véritable théorie du règlement administratif.

7. – Identification textuelle

Une autorisation administrative peut être nécessaire pour exercer le pouvoir réglementaire (Allemagne, Royaume-Uni) : on parle alors de législation déléguée¹.

¹ Cette notion a récemment fait l'objet d'un examen par la Société de législation comparée à l'occasion d'un colloque organisé par le président Jean Massot.

Parfois, l'autorisation est donnée directement par la Constitution au gouvernement (France, Belgique, Espagne, Italie)

8. – Identification organique

Un acte de portée générale émis par une institution autre que le Parlement est généralement un acte administratif.

Exécutifs centraux. Ils sont généralement dotés du pouvoir de prendre des actes à portée générale. Dans le cas français, le pouvoir réglementaire est partagé entre le Président de la République et le Premier ministre selon des règles aujourd'hui bien établies. En Belgique, le Roi peut prendre des arrêtés d'exécution des lois, en vertu de la Constitution ou d'une habilitation législative mais il dispose aussi, en certaines circonstances, de pouvoirs spéciaux. Au Royaume-Uni, les *governmental departments*, les *non-ministerial departments*, les *executive agencies*, les *non-departmental public bodies* sont dotés du pouvoir réglementaire. En Allemagne, le Gouvernement fédéral peut édicter des règlements, qui sont alors soumis à l'approbation du Bundesrat (Conseil fédéral). Le Bundesrat peut aussi soumettre au gouvernement fédéral des propositions pour l'édiction de règlements requérant son approbation. Dans l'Union européenne, le pouvoir d'adopter des actes administratifs de portée générale appartient en principe, s'il s'agit d'une compétence de l'Union et non des Etats, à la Commission. Cependant, son activité est alors surveillée par les Etats membres par le biais d'une procédure complexe dénommée « comitologie ». De surcroît, par exception, le Conseil peut également adopter de tels actes.

Ministres. Les ministres détiennent également souvent le pouvoir réglementaire. C'est le cas en Italie depuis la loi n°400/1988 ainsi qu'en Belgique et en Allemagne. Au Royaume-Uni, c'est généralement un ministre spécifié par la loi qui reçoit délégation législative pour exercer un pouvoir réglementaire. La France fait figure d'exception en ne reconnaissant au ministre un pouvoir réglementaire que pour l'organisation de ses services (jurisprudence du Conseil d'Etat *Jamart* de 1936) ou sur délégation. Cette spécificité explique sans doute, en contrepartie, le poids des circulaires ministérielles.

Exécutifs locaux. Dans les Etats fédéraux, les communautés et régions sont généralement dotées du pouvoir réglementaire en plus souvent d'un pouvoir législatif (Italie,

Espagne). En Allemagne, le pouvoir réglementaire des Länder est très important dans la mesure où ces derniers assurent, en principe à titre de compétence propre, tant l'exécution des lois fédérales (art. 83 LF) que l'exécution de leurs propres lois. En Belgique, les exécutifs des entités fédérées sont habilités à prendre des mesures réglementaires relevant naturellement d'une compétence *rationae loci*.

Dans les Etats unitaires comme la France, les collectivités territoriales ont aussi également un pouvoir réglementaire. Par exemple, au Royaume-Uni où s'applique le *local government*, les différentes autorités peuvent prendre ces actes (conseils de districts, de comté et même de villes, de paroisse ou de communautés). Une clause générale de compétence leur est même reconnue depuis le *Localism Act* de 2012. Des dispositions spécifiques s'appliquent à l'Ecosse.

Autorités indépendantes. Le développement des autorités de régulation a rapidement posé la question de leur pouvoir réglementaire qui, dans le cas français, ne peut être que de portée limitée tant par le champ d'application que par le contenu des mesures prises net ne doit pas subordonner le pouvoir réglementaire propre du gouvernement (Cons. const. 18 septembre 1986 et 17 janvier 1989). Au Royaume-Uni, cette hypothèse renvoie à la question des agences de régulation qui rendent cependant surtout des décisions de nature individuelle. La plupart des Etats étudiés connaissent des autorités ou agences de régulation qui prennent des actes de portée générale.

Personnes privées. Le pouvoir réglementaire est reconnu dans certains pays aux personnes privées. Outre l'exemple français qui admet depuis longtemps que des personnes privées se voient confier la prérogative de puissance publique de prendre des actes réglementaires dans l'organisation de services publics aussi bien administratifs qu'industriels et commerciaux, on peut se référer au cas britannique. En effet, si le principe est, au Royaume-Uni, que les organismes qui ne sont pas des autorités publiques ne peuvent voir leurs actes relever du droit administratif, certains actes des personnes privées peuvent néanmoins faire l'objet d'un *judicial review*, et ainsi être considérés comme des décisions administratives. Tel est le cas des autorités régulant certaines professions, des associations de logement social, certaines entreprises prenant en charge des infrastructures essentielles, etc. (*R v Panel on Take-overs and Mergers, Ex parte Datafin plc* [1987] QB 815). La soumission des personnes privées et des organes mixtes au *HRA* pose parfois des difficultés. En raison du nombre important de cette catégorie d'organisme, la jurisprudence a reconnu que les actes

d'organes hybrides, s'ils révèlent l'exercice de la puissance publique, relevaient du champ du *HRA* (*Aston Cantlow case* de 2004). Une problématique identique se pose pour les personnes privées prenant en charge un service public et recourant à des prérogatives de puissance publique pour en assurer l'organisation.

B. Identification négative des actes administratifs à portée générale

9. – Actes administratifs à portée générale et lois

La loi étant également un acte à portée générale, la question de sa distinction avec l'acte administratif à portée générale se trouve posée bien que les autorités qui les prennent soient en principe différentes.

La question est spécialement délicate dans l'Union où il peut exister une confusion entre les autorités en charge du pouvoir législatif et celles en charge du pouvoir exécutif. C'est alors la procédure qui permet de les distinguer, le traité définissant une procédure législative spécifique. Sur cette base le juge européen peut affirmer que l'acte réglementaire est entendu comme « tout acte de portée générale à l'exception des actes législatifs » (Trib. UE, Ord., 6 septembre 2011, *Inuit Tapiriit Kanatami e.a. c/ Parlement et Conseil*, Aff. T-18/10, Rec. II-05599).

En Allemagne, le pouvoir « réglementaire » ne peut être qu'un pouvoir d'exécution de la loi, délégué de façon très stricte et délimitée (art. 80 LF).

En ce qui concerne le passage d'un acte réglementaire à une loi, on connaît en France la répartition des articles 34 et 37 de la Constitution prévoyant respectivement une liste de matières réservées au législateur et renvoyant ce qui lui échappe au pouvoir réglementaire.

Le cas des ordonnances de l'article 38 de la Constitution française qui ont traditionnellement valeur réglementaire mais qui, une fois ratifiées, acquièrent force de loi doit être mentionné. De même, en Belgique, la pratique se développe consistant à soustraire certains règlements au pouvoir d'annulation du Conseil d'Etat. On parle de règlements ratifiés par la loi par lesquels le pouvoir législatif s'approprie la teneur de l'arrêté ratifié, qui se trouve ainsi transmuté en un acte législatif. Cette hypothèse doit être distinguée de celle des actes confirmés. La confirmation est l'opération ambiguë, qui ne prive pas un acte

administratif de sa nature, mais le soustrait aux contrôles juridictionnels qui s'exercent normalement sur lui.

10. – Actes administratifs à portée générale et autres actes administratifs

Actes administratifs à portée générale et actes administratifs individuels. Dans le système allemand, et largement pour des raisons historiques tenant à la construction de l'Etat de droit permettant la protection juridictionnelle des individus contre l'administration, la notion d'acte administratif (*Verwaltungsakt*) est réservée aux actes administratifs individuels : « l'acte administratif est toute prescription, décision ou autre mesure de puissance publique prise par une autorité administrative pour régler un cas individuel dans le domaine du droit public et destinée à produire directement des effets à l'extérieur de l'administration » (§ 35 de la loi sur la procédure administrative). Ce qui correspond à l'acte administratif à portée générale n'est pas un acte administratif mais le règlement (*Rechtsnorm, Rechtsverordnung, Satzung*), défini comme un acte normatif, un acte créateur de « normes » à portée générale, une *loi matérielle* n'intéressant pas les rapports concrets entre l'individu et l'administration.

Actes administratifs à portée générale et actes mixtes. Il existe parfois, entre les actes à portée générale et les actes individuels une catégorie intermédiaire – catégorie tierce – souvent peu fournie, d'actes mixtes ou *sui generis*, que le professeur Chapus nomme les « décisions d'espèce » et qui édictent des normes qui sont ni individuelles ni générales à l'image de la déclaration d'utilité publique dans le contentieux français de l'expropriation.

De la même manière, le droit belge prévoit l'existence d'actes hybrides, tel le permis de lotir, à la fois autorisation individuelle de diviser un bien et règlement du lotissement créé.

II. Identification du contrôle juridictionnel portant sur les actes administratifs à portée générale

A. Recours direct en annulation

11. – Actes insusceptibles de recours

Actes de gouvernement. Les actes de gouvernement constituent évidemment une catégorie familière pour les juristes français puisque le Conseil d'Etat a depuis longtemps déjà consacré l'existence de tels actes qui se définissent précisément par l'incompétence du juge administratif pour en connaître. A défaut de pouvoir en offrir une définition générale et abstraite, le Conseil d'Etat en dresse une liste évolutive qui comprend des actes ayant trait aux relations entre les pouvoirs publics et ceux touchant aux relations internationales de la France. Si le déclin de la catégorie a souvent été annoncé, elle est en réalité toujours mobilisée (voir par exemple, CE Sect., 28 mars 2014, *M. De Baynast*, à paraître au Rec.).

En Allemagne, la question a été débattue au début des années 1960 (pour les actes en rapport avec la diplomatie ou le droit des étrangers notamment). Néanmoins, elle est désormais jugée incompatible avec la consécration de l'Etat de droit (art. 20 al. 3) et avec la protection juridictionnelle complète qui résulte de l'interprétation extensive de l'art. 19 al. 4 Loi fondamentale allemande². En Italie, l'*atto politico* correspond aux actes de gouvernement français, bénéficie d'une immunité totale et est, par essence, insusceptible de tout recours juridictionnel. En revanche, les actes de gouvernement ne font l'objet d'aucune consécration législative ou jurisprudentielle.

Mesures d'ordre intérieur. La catégorie juridique et contentieuse des mesures d'ordre intérieur, si elle peut paraître rendre utilement compte de l'adage *de minimis non curat paetor*, constitue dans le même temps un obstacle au droit au recours effectif contre les actes administratifs. Aussi, le droit français les juge insusceptibles de recours contentieux mais la catégorie s'amenuise considérablement comme le montre la jurisprudence depuis près d'une vingtaine d'années. S'en rapprochait la théorie des « rapports spéciaux de puissance publique [ou de sujétion] » en droit allemand (*besondere Gewaltverhältnisse*) mais, depuis un arrêt rendu par la Cour constitutionnelle fédérale le 14 mars 1972, cette théorie a été jugée incompatible avec l'Etat de droit allemand (BVerfGE 33, 1).

12. – Intérêt à agir pour demander l'annulation des règlements.

Reconnu très largement et depuis le début du XXème siècle en droit français, il permet d'obtenir l'annulation de tout règlement administratif quand bien même il émane des plus

² « Quiconque est lésé dans ses droits par la puissance publique dispose d'un recours juridictionnel ».

hautes autorités de l'Etat. Le recours peut également être dirigé contre le refus, souvent implicite, de prendre un règlement ou de modifier un règlement existant.

Il est au contraire beaucoup plus sévèrement dans les systèmes organisés autour des droits publics comme en Allemagne.

En Allemagne, les personnes privées doivent faire valoir la lésion d'un droit, ce qui exclut le recours de personnes simplement intéressées. Cela explique par exemple que le déclenchement des recours devant la juridiction administrative allemande en matière environnementale s'est longtemps heurté à de nombreuses limites, là où le droit français permettait que toute association de défense de l'environnement puisse saisir les juridictions administratives. Cependant, une évolution au cours de la dernière décennie a permis aux associations de défense de l'environnement d'agir (2002), récemment modernisée (2013). En revanche, en Belgique, il suffit au requérant de prouver que sa situation peut être affectée par le règlement, pour qu'un intérêt à agir lui soit reconnu.

En droit de l'Union européenne, le contentieux des actes de portée générale (longtemps indifférenciés rappelons le) s'est inspiré du modèle allemand et si les requérants dit privilégiés (les Etats membres et les principales institutions de l'Union) sont toujours ou presque recevables à contester la légalité des actes de portée générale, les particuliers ne le sont qu'exceptionnellement. Cette situation a donné lieu à un débat juridictionnel au début des années 2000 et le traité de Lisbonne a permis une légère évolution.

En Italie, le Conseil d'Etat juge irrecevables les recours dirigés contre les règlements non immédiatement applicables, c'est-à-dire qui servent seulement de fondement à des décisions administratives individuelles (M. Fromont, *Droit administratif des Etats européens*, PUF, 2009, p. 276). Par ailleurs, l'Italie connaît une situation intermédiaire, dans le sens où l'intérêt à agir est mixte. L'interprétation de l'article 103 de la Constitution italienne, qui prévoit que le Conseil d'Etat et les autres organes de justice administrative sont compétents pour assurer la protection d'intérêts légitimes à l'encontre de l'administration mais également la sauvegarde des droits subjectifs, a fait évoluer la notion d'intérêt à agir en droit italien.

13. – Modèles de recours en annulation

Modèle français du recours en annulation. En France, le contrôle juridictionnel de l'acte réglementaire est très étendu. Il est centré autour de la méthode des cas d'ouverture, à savoir l'incompétence, le vice de forme et de procédure, le détournement de pouvoir et la violation de la loi.

Sur le même modèle, en Belgique, le Conseil statue par voie d'arrêts sur les recours en annulation pour violation des formes soit substantielles soit prescrites, à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir (art. 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat).

En Espagne, on distingue également les éléments relatifs à l'auteur de la décision (compétence), de ceux relatifs aux raisons de la décision (but, cause, motifs) et ceux relatifs au contenu de l'acte (objet) et les éléments formels (procédure et motivation).

Modèle italien du recours en annulation. En Italie, le système a été profondément modifié il y a une quinzaine d'années. Jusqu'alors, le recours en annulation était très proche du système français du recours pour excès de pouvoir (cas d'ouverture, absence d'effet suspensif...).

Comme l'explique le professeur Michel Fromont, « depuis les réformes législatives et les évolutions jurisprudentielles des années 1998-2000, la situation a radicalement changé, car désormais, il existe pratiquement deux contentieux. Il y a tout d'abord : le recours en annulation d'un acte lésant un intérêt pour violation d'une règle de droit objectif (*recurso di legittimità*), lequel est régi par les règles dérogatoires figurant dans les textes législatifs relatifs au Conseil d'Etat ou aux tribunaux administratifs régionaux. Il y a ensuite les litiges en matière de services publics ou d'attribution de contrats qui peuvent porter soit sur la violation du droit objectif ayant entraîné la lésion d'un intérêt légitime, soit sur la violation d'un droit subjectif. C'est le contentieux dit de la juridiction exclusive (*esclusiva giurisdizione*). Lorsque ce contentieux porte sur « un droit subjectif de nature patrimoniale », ce contentieux est fondamentalement régi par le Code de procédure civile, même si des règles propres à la justice administrative viennent s'y superposer. Le particularisme procédural du contentieux des actes administratifs tend ainsi à s'atténuer » (M. Fromont, préc., p. 171).

Désormais, l'article 24 de la Constitution garantit « le droit au recours d'agir en justice pour la protection de ses droits et intérêts légitimes » cependant que l'article 113 précise que

« la protection juridictionnelle des droits et intérêts légitimes est toujours ouverte contre l'administration publique devant les organes de la justice ordinaire ou administrative ».

Modèle allemand du recours en annulation. Le contentieux administratif allemand est subjectif, le droit administratif pouvant se résumer à une relation entre l'autorité administrative et le destinataire des décisions de cette autorité. Il en résulte une absence de contentieux direct contre les règlements à l'exception notamment des demandes de contrôles de règlement (*Normenkontrolle*) en matière d'urbanisme. Dans l'Union européenne, un tel contrôle existe à condition qu'il soit déclenché par les Etats membres ou les institutions, les particuliers étant presque totalement exclus de ce contrôle.

En Espagne, selon l'article 1^{er} de la loi du 7 juillet 1998, « le juge administratif connaît des demandes qui concernent l'action soumise au droit administratif des administrations publiques ». Selon l'article 19, le juge administratif peut être saisi « par les personnes physiques ou morales qui invoquent un droit ou un intérêt légitime ». Le requérant peut faire constater l'illégalité d'un règlement administratif.

Modèle britannique du *judicial review*. Le *judicial review* peut être exercé à l'encontre de tout acte illégal ou contre toute décision, action ou négligence dans l'exercice des fonctions publiques. À l'origine, selon la doctrine de l'*ultra vires* tout excès de pouvoir doit pouvoir faire l'objet d'une contestation judiciaire. Aujourd'hui, cette doctrine ne rend pas compte de tous les cas d'ouverture ou moyens au fondement d'un *judicial review* qui est devenu, plus largement, le recours permettant de contrôler le pouvoir discrétionnaire de l'administration (*discretion*) et les procédures d'élaboration des décisions. Le *judicial review* est passé du contrôle de l'*ultra vires* à l'objectif de protection des individus et de contrôle du pouvoir (Oliver, *PL*, 1987, p. 543).

La décision de l'administration peut être contestée en invoquant schématiquement trois éléments. D'abord, le vice de procédure (*procedural impropriety*) qui s'applique surtout aux décisions individuelles et qui réside dans le manquement aux obligations d'une procédure équitable dans l'élaboration de l'acte. Ensuite, et surtout, l'*illegality* qui embrasse l'erreur de droit, l'erreur de fait, l'autolimitation illégale à l'exercice du pouvoir discrétionnaire et l'abus d'exercice du pouvoir discrétionnaire. Cette dernière notion s'est élargie au fil du temps à la poursuite des buts inadmissibles (*improper purposes*), aux considérations non pertinentes (*irrelevant considerations*). Enfin, la notion d'irrationalité ou de déraisonnable

(*unreasonableness*) permet de contrôler l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ou l'appréciation portée sur des faits.

L'objet du *judicial review* n'est pas simplement l'annulation de l'acte. Le requérant peut solliciter six solutions de la part du juge : une injonction de faire ou de ne pas faire (*mandatory order* ou *mandamus*) ; une interdiction d'agir pour le futur (*prohibiting order*) ; une annulation rétroactive (*quashing order* ou *order of certiorari*) ; une déclaration (*declaratory order* ou *declaration* ; proche des conséquences de certains recours en déclaration en contentieux administratif français) ; des dommages-intérêts (recours sur le fondement du *HRA* ou du droit de l'Union européenne, recours d'*Habeas corpus*) ; demande de nouvelle décision par une autre autorité administrative (*default powers*). La juridiction est libre d'accorder ou pas l'un des « *remedies* ».

B. Recours indirects en annulation

14. – L'exception d'illégalité

Certains contrôles incidents sont spécifiques à certains droits, tel le recours en constatation d'un droit en droit allemand. D'autres sont plus classiques telle l'exception d'illégalité.

Il ne s'agit pas d'une voie de droit autonome dans la mesure où elle est invoquée dans le cadre d'un autre litige. L'intérêt de l'exception d'illégalité est précisément d'ouvrir le contentieux à l'encontre des actes à portée générale. La juridiction ne peut alors pas annuler l'acte mais le déclarer inapplicable.

Le contrôle incident des actes administratifs de portée générale est en principe effectué par tout juge, quelle que soit sa spécialisation et son rang dans la hiérarchie. Cette solution prévaut en Belgique, en Allemagne, en Espagne et, depuis le milieu des années 1990, en Italie. En France, la question demeure plus compliquée.

Libéralement admise, l'exception d'illégalité est généralement admise de manière perpétuelle en matière de règlement. Une exception existe en revanche dans plusieurs droits, dont le droit français et allemand, en matière d'urbanisme : se trouve alors limité le délai

durant lequel un vice de forme ou de procédure peut être invoqué contre un règlement d'urbanisme applicable à une décision individuelle.

En droit européen, conçue largement dans les Traités, elle est prévue à l'article 277 TFUE qui prévoit que toute partie peut, à l'occasion d'un litige mettant en cause un acte de portée générale, invoquer son inapplicabilité en se fondant sur n'importe lequel des moyens invocables dans le cadre du recours en annulation. Elle reste pourtant peu utilisée en raison de conditions d'utilisations restrictives.

Dans tous les droits étudiés, si l'exception d'irrégularité est reconnue, elle conduit seulement à la non-application du règlement à l'affaire en jugement ; on parle d'autorité relative de la chose jugée.

C. Contrôle de constitutionnalité

15. – Certains pays ont institué un contrôle principal de la seule constitutionnalité des règlements administratifs. On peut en comprendre les raisons : « du fait que les règlements administratifs constituent une dérogation au principe de la séparation des pouvoirs et que les plus importants d'entre eux, ceux émanant du gouvernement et des ministres, mettent en cause les rapports entre le Parlement et le gouvernement ou encore les rapports entre le pouvoir central (ou fédéral) et les autorités décentralisées (ou fédérées), il est assez naturel que la question de leur conformité à la constitution puisse être posée par un tribunal spécialisé dans l'exercice de la justice constitutionnelle » (M. Fromont, préc., p. 284).

En Allemagne, l'article 93 de la Loi fondamentale institue un contrôle des règlements fédéraux et des règlements des *Länder*, communes, arrondissements y compris à l'égard du droit fédéral. Les requérants peuvent en outre soulever la question préjudicielle de la constitutionnalité de la loi sur laquelle se fonde le règlement, ce qui peut aboutir à l'annulation de la loi et, en conséquence, au retrait du règlement pour défaut de base légale.

En Espagne, le Tribunal constitutionnel est compétent pour connaître des demandes de contrôle de la constitutionnalité de certains actes. L'article 161, al. 1 dispose que des « actes normatifs ayant force de loi » (art. 161, al. 1). Les actes de l'Etat qui sont attaquables sont des règlements pris par le gouvernement à la suite d'une habilitation législative (décrets législatifs) et des règlements pris en situation d'urgence (décrets-lois). L'article 161 al. 2. : le

gouvernement central peut contester la constitutionnalité du règlement d'une Communauté autonome.

En Italie, un mécanisme de contrôle « oblique » de la constitutionnalité des règlements existe. Plus précisément, le contrôle de constitutionnalité des règlements peut être réalisé à travers le contrôle de constitutionnalité des lois sur laquelle se fondent ces règlements, ce qui pourrait aboutir à l'annulation de la loi et au retrait du règlement pour défaut de base légale.

D. Autres contrôles

17. – Contrôle de responsabilité. Ce contrôle est encore balbutiant mais il commence à s'installer notamment en France où il existe une responsabilité pour retard dans la prise d'un acte réglementaire (CE 27 juillet 2005, *Association Bretagne Ateliers*). D'autre part, le défaut d'application d'une réglementation constitue une faute engageant la responsabilité de l'administration (CE 14 décembre 1962, *Doublet*, Rec. 680).

En Espagne, le requérant peut faire condamner une administration qui est restée indûment inactive.

De la même façon, en Italie, l'administré peut exiger une réparation en cas de non-respect du délai raisonnable de jugement, ainsi que de demander au juge de condamner l'administration à la réparation du préjudice causé par la non-exécution d'une décision de justice.

18. – Contrôle des validations législatives. Ce contrôle est aujourd'hui largement influencé par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Cette dernière manifeste des réserves expresses à l'égard des validations législatives en reconnaissant la violation de l'article 6§1 de la Convention EDH par une loi de validation qui, intervenue alors que des procédures étaient en cours devant le juge, prive les requérants, sans raisons suffisantes, du droit au procès équitable. Les lois de validation contreviennent à la Convention sauf si elles répondent à d'impérieux motifs d'intérêt général (CEDH 28 octobre 1999, *Zielenski*). Le juge constitutionnel français, symbolisant le « dialogue des juges » renouvelé se rapproche aujourd'hui explicitement de cette jurisprudence quant à l'intensité du motif d'intérêt général pouvant justifier une loi de validation (Cons. const. 14 février 2014, déc. n° 2013-366 QPC). Des évolutions analogues sont à l'œuvre dans les autres Etats européens.

E. Office du juge dans l'exercice de son contrôle

19. – Moyens d'ordre public.

En droit public français, ce sont principalement l'incompétence et la méconnaissance du champ d'application de la loi. En Belgique, s'y ajoute la violation de dispositions ou de règles d'importance (Constitution, Conv.EDH...)

20. – Mesures provisoires.

En Espagne, le juge peut prendre toutes sortes de mesures provisoires assurant l'efficacité du jugement quand l'exécution de la décision ou l'application de la disposition générale pourrait faire perdre sa finalité légitime au recours mais peut être refusée si elle porterait un grave préjudice aux intérêts généraux ou à des tiers.

III. Bibliographie générale

Numéro spécial de l'AJDA, 1999.

M. Fromont, « Les règlements administratifs », in *Droit administratif des Etats européens*, PUF, 2006, p. 273 s.

J. Ziller, « Le contrôle du pouvoir réglementaire en Europe », *AJDA* 1999, p. 635.

J. Ziller, « La dialectique du contentieux européen : le cas des recours contre les actes normatifs », PU Strasbourg, 2001, p. 443.

ALLEMAGNE

Aurore Gaillet

*Professeur de droit public, Université de Toulouse I Capitole
Institut de recherche en droit européen, international et comparé (IRDEIC)*

I. L'identification de l'acte réglementaire et ses liens avec la notion d'acte administratif

La conception du pouvoir réglementaire et de son contrôle est étroitement liée à l'approche retenue de la séparation des pouvoirs. En Allemagne, l'accent est mis sur la dimension matérielle du règlement, acte normatif à portée générale et abstraite, dimension qui le rapproche davantage de la loi que de l'acte administratif individuel.

A. Les concepts en droit administratif allemand

D'une discipline jusqu'alors largement descriptive, le droit administratif fait l'objet d'un intense effort de systématisation à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle. S'inspirant d'une méthode héritée du droit civil allemand, les grands auteurs du « droit de l'État » (*Staatsrecht*) ou droit public (Gerber, Laband, Jellinek) s'efforcent de construire des « concepts » et « principes » généraux à même d'ordonner scientifiquement leur matière. Cette méthode scientifique guide également la systématisation du droit administratif (Mayer notamment). Les concepts de droit public subjectif (*subjektives öffentliches Recht*) ou d'acte administratif (*Verwaltungsakt*) y sont essentiels.

Lors de l'élaboration de ces catégories, se sont aussi opposées différentes conceptions de la séparation des pouvoirs, qui conduisent à distinguer les notions d'acte législatif, d'acte réglementaire et d'acte administratif.

On est donc loin du pragmatisme britannique (Voir à ce titre la présentation d'Aurélien Antoine : « Ce pragmatisme rend très difficile l'élaboration de concepts généraux et de classifications claires »).

B. L'acte administratif (*Verwaltungsakt*)

1. Origine historique

La notion d'acte administratif a été élaborée par la science administrative dans le cadre de la monarchie bismarckienne. Déjà soulignée par Carré de Malberg, la dialectique entre une faible démocratisation politique et l'instauration d'un « Etat de droit » (*Rechtsstaat*), tendant principalement à garantir la protection juridictionnelle des individus contre l'administration, constitue un contexte tout particulier pour l'épanouissement des grandes notions du droit administratif allemand à la fin du XIX^e siècle.

Dans ce cadre politique particulier, l'Etat de droit se construit autour de relations binaires et unilatérales entre l'autorité administrative et le destinataire de ses décisions. S'ensuit une définition de la notion d'acte administratif plus restrictive qu'en droit français : pour l'essentiel, il s'agit strictement des décisions individuelles unilatérales, qui créent ou modifient une situation juridique individuelle dans un cas concret.

2. Conséquences - Définition actuelle

Malgré une nécessaire évolution, la définition canonique proposée par Otto Mayer reste valable dans ses grandes lignes.

Le paragraphe 35 de la Loi sur la procédure administrative (*Verwaltungsverfahrensgesetz* = *VwVfG*) dispose ainsi :

« L'acte administratif est toute injonction, décision ou autre mesure de puissance publique prise par une autorité administrative dans le domaine du droit public pour régler un cas individuel et destinée à produire directement des effets juridiques extérieurs »³.

C. Le règlement (*Rechtsnorm, Rechtsverordnung, Satzung*)

1. Définition générale

Une conception spécifique de la séparation des pouvoirs conduit à mettre l'accent sur la dimension matérielle de l'acte. Dans une telle approche, la dimension organique est plus secondaire.

a. Dimension matérielle

³ « Verwaltungsakt ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist. ».

Le règlement est défini comme un acte normatif, un acte créateur de « normes » à portée générale et abstraite, une *loi matérielle* n'intéressant pas les rapports concrets entre l'individu et l'administration.

Le critère qui démarque principalement le règlement de l'acte administratif tient à son caractère abstrait - même s'il existe certains cas limites, non exempts de difficultés.

Le distinguent de la loi :

- Sa procédure d'adoption, non législative ;
- Sa base législative : En Allemagne, le pouvoir « réglementaire » ne peut être qu'un pouvoir d'exécution de la loi, délégué de façon très stricte et délimitée (art. 80 LF – ce qui exclut l'idée même d'un règlement autonome sur le modèle de l'article 37 de la Constitution française)

b. Dimension organique

Contrairement à la France, la dimension organique n'est pas première : le fait que l'acte soit édicté par une autorité administrative (entendue au sens large) ne conduit pas à l'assimiler à un acte administratif, soumis au même régime que les décisions individuelles de l'administration.

2. Terminologie

Pour caractériser le règlement, le droit allemand privilégie l'expression de « norme juridique » (*Rechtsnorm*), précisant parfois qu'il s'agit de normes de rang infralégislatif.

Dans cette catégorie, sont distingués des termes plus techniques :

- Les **règlements** (*Rechtsverordnungen*), actes généraux et abstraits édictés par les autorités exécutives et administratives de l'État fédéral (édictees par le Gouvernement fédéral ou un ministre fédéral, le plus souvent avec l'approbation obligatoire du *Bundesrat*⁴) ou les autorités des *Länder*.

En raison du caractère administratif du fédéralisme allemand, selon lequel les lois fédérales sont exécutées le plus souvent par les *Länder*, à titre de compétence propre ou par délégation⁵, les règlements émanant des *Länder* sont les plus nombreux. Les autorités compétentes en la matière sont également plus largement entendues qu'au niveau fédéral (voir par exemple les règlements de police – *Polizeiiverordnungen* - fondés sur les clauses générales de défense de l'ordre public).

⁴ Cf. infra III.

⁵ Art. 83 LF [Répartition des compétences entre la Fédération et les Länder] : Sauf disposition contraire prévue ou admise par la présente Loi fondamentale, les Länder exécutent les lois fédérales à titre de compétence propre ; Article 85 [Exécution par délégation de la Fédération].

- Les **règlements corporatifs / locaux (*Satzungen*)** édictés par les personnes morales de droit public autres que l'État (au sens large, donc y compris les *Länder*) dans le cadre de leurs compétences autonomes

Il s'agit notamment des collectivités de droit public – *Körperschaften des öffentlichen Rechts*, dont font partie les communes (*Gemeinde*) – dont l'article 28 LF garantit le droit à l'auto-organisation ; des établissements de droit public – *Anstalten des öffentlichen Rechts* ; et des fondations de droit public - *Stiftungen*).

3. Acte administratif et actes insusceptibles de contrôle juridictionnel

a. Actes de gouvernement

La notion a été débattue au début des années 1960 (notamment pour les actes en rapport avec la diplomatie ou le droit des étrangers). Mais elle est désormais jugée incompatible avec la consécration de l'État de droit (art. 20 al. 3 LF⁶) et avec la protection juridictionnelle complète qui résulte de l'interprétation extensive de l'art. 19 al. 4 LF⁷.

b. Mesures d'ordre intérieur

Se rapproche de la notion française de mesure d'ordre intérieur la théorie allemande des « rapports spéciaux de puissance publique [ou de sujétion] » (*besondere Gewaltverhältnisse*). Depuis un arrêt rendu par la Cour constitutionnelle fédérale le 14 mars 1972, cette théorie est cependant désormais jugée incompatible avec l'État de droit allemand (BVerfGE 33,1). Tout acte susceptible de produire des effets de droit – à l'exception donc des actes purement internes à l'administration (*verwaltungsinterne Regelung*)– doit pouvoir être contesté en justice. C'est là une conséquence directe du droit fondamental à un recours effectif (art. 19 al. 4, cité *supra*).

Le règlement n'est donc pas défini comme un acte administratif en Allemagne. Des particularités entourant la notion même d'acte réglementaire s'ensuit nécessairement un régime spécifique, notamment au regard du contrôle juridictionnel.

II. Le contrôle des actes réglementaires

⁶ « Le pouvoir législatif est lié par l'ordre constitutionnel, les pouvoirs exécutif et judiciaire sont liés par la loi et le droit. »

⁷ « Quiconque est lésé dans ses droits par la puissance publique dispose d'un recours juridictionnel ».

De manière générale, les recours juridictionnels en Allemagne sont à analyser dans le cadre d'un « système » complet de recours, garantissant une protection juridictionnelle effective (impératif posé par l'article 19 al. 4 de la Loi fondamentale, sanctionné par le juge constitutionnel).

Comme en France, le contrôle des actes réglementaires vise à garantir le respect, par les autorités exécutives, des normes supérieures. De la particularité de l'acte réglementaire s'ensuit cependant une spécificité des recours qui peuvent être actionnés à son encontre, voies de droit à la fois diverses et d'une accessibilité plus réduite.

Précision préliminaire : l'office du juge administratif en Allemagne et les actes administratifs

Historiquement, le procès administratif allemand a été conçu sur le modèle du procès civil et tend dès lors en premier lieu à trancher des litiges entre l'individu et l'administration, sur la base de prétentions juridiques subjectives opposées.

Cette conception s'est vue renforcée dans le cadre de la Loi fondamentale (1949), et précisée par la loi du 21 janvier 1960 sur la justice administrative (ou Code de justice administrative – *Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO)*).

Cette loi précise les principaux recours contre les actes administratifs (qui ne concernent donc pas le contrôle juridictionnel des actes réglementaires). Les principales actions ou recours sont les suivants :

- **Le recours en annulation (*Anfechtungsklage*) ;**
- **L'action tendant à l'émission d'un acte individuel (*Verpflichtungsklage*) ;**

§ 42 : « (1). Le recours peut tendre à l'annulation d'un acte administratif (*Anfechtungsklage*) ou à l'obligation d'édicter un tel acte suite au refus ou à l'abstention de l'édicter (*Verpflichtungsklage*). (2). Dans la mesure où la loi n'en dispose pas autrement, le recours n'est recevable que si le requérant fait valoir qu'il est lésé dans ses droits par l'acte administratif individuel en cause ou par le refus ou l'abstention de l'édicter »⁸.

Ces deux recours ont donc ceci en commun qu'ils visent strictement des actes individuels, sont fondés sur la violation de droits publics subjectifs et supposent en amont, en principe, un recours hiérarchique (*Widerspruchsverfahren*).

⁸ (1). Durch Klage kann die Aufhebung eines Verwaltungsakts (*Anfechtungsklage*) sowie die Verurteilung zum Erlass eines abgelehnten oder unterlassenen Verwaltungsakts (*Verpflichtungsklage*) begehrt werden. (2). Soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist, ist die Klage nur zulässig, wenn der Kläger geltend macht, durch den Verwaltungsakt oder seine Ablehnung oder Unterlassung in seinen Rechten verletzt zu sein.

- **L'action générale en exécution d'une prestation (*allgemeine Leistungsklage*) ;**

L'action générale en exécution de prestation ne figure pas dans la *VwGO*, même si elle y est visée à de nombreuses reprises. Elle ne concerne ni les actes individuels unilatéraux ni les règlements et tend notamment à obtenir de l'administration qu'elle prenne des actes purement matériels (par exemple l'exécution de travaux). Cette action trouve son pendant dans l'action tendant à l'abstention d'un acte (*Unterlassungsklage*).

- **L'action en constatation de droit / action déclaratoire (*Feststellungsklage*)**

§ 43 : 1. « La constatation de l'existence ou de la non-existence d'un rapport de droit ou de l'inexistence d'un acte administratif individuel peut être sollicitée par recours, si le requérant a un intérêt légitime à obtenir promptement une telle constatation ».

Aux termes du § 43 al. 2, il s'agit d'une action seulement subsidiaire par rapport à celles prévues par le § 42.

Le contrôle des décisions administratives constitue donc le cœur de l'action du juge administratif. Le droit fondamental à la protection juridique contre les actes de la puissance publique⁹ ne saurait toutefois concerner les seuls actes individuels. Différentes voies de droit sont à distinguer.

A. Le contrôle incident des actes réglementaires, effectué par tout juge

1. Le principe du contrôle incident

Le contrôle par voie d'exception est une modalité importante du contrôle concret du pouvoir réglementaire : la validité du règlement peut être contrôlée incidemment par le tribunal saisi de l'affaire à laquelle s'applique celui-ci.

- Devant les **tribunaux administratifs** (par exemple *Anfechtungsklage* contre les actes d'exécution, avec contrôle incident de la norme qui en constitue le fondement) ;
- Devant **tous les autres tribunaux**

Rappelons qu'en Allemagne, tous les juges font partie d'un seul et même « pouvoir judiciaire » (Titre IX de la Loi fondamentale - *Rechtsprechung*). Partant, tout juge doit vérifier à titre incident la validité d'un règlement, quelle que soit sa spécialisation, quel que soit son rang dans la hiérarchie. Il n'y a pas de question préjudicielle, seulement des questions préalables.

⁹ Article 19 al. 4 de la Loi fondamentale : « Quiconque est lésé dans ses droits par la puissance publique dispose d'un recours juridictionnel. Lorsqu'aucune autre juridiction n'est compétente, le recours est porté devant la juridiction ordinaire. ».

S'il ne peut pas refuser, de sa propre autorité, d'appliquer une loi formelle adoptée après l'entrée en vigueur de la Loi fondamentale (art. 100 al. 1 LF : renvoi au juge constitutionnel, cf. *infra*¹⁰), tout juge peut refuser d'appliquer toute norme infralégislative, y compris donc des règlements fédéraux, et dont dépend la solution de l'affaire dont il est saisi.

2. Les effets de l'exception d'illégalité

Classiquement, l'autorité de la chose jugée est relative : si l'exception est reconnue fondée, elle entraîne seulement la non-application du règlement à l'affaire en cours de jugement (seul l'acte administratif individuel, s'il viole des droits du requérant, sera annulé pour illégalité).

B. Le contentieux direct devant le juge administratif : le « contrôle des normes » (*Normenkontrolle*)

1. Présentation générale

Le terme de contrôle de normes renvoie, en Allemagne, à une procédure objective (contrôle de norme à norme et non entre parties), abstraite (détaché de lien avec un litige concret), à titre principal et non incident.

Historiquement, un tel contrôle n'était pas prévu devant les juridictions administratives. Il est cependant apparu nécessaire, tant pour des raisons de *objectives* (garantir objectivement le respect des normes supérieures ; désengorger les tribunaux administratifs, évitant notamment des procédures individuelles successives portant sur un même acte administratif) que dans le but de renforcer la protection *subjective* des requérants (leur permettant de contester directement un règlement qui porterait atteinte à leur situation individuelle). Reprenant le modèle existant dans certains États du Sud de l'Allemagne, et dès sa version du 21 janvier 1960, le § 47 du Code de justice administrative (*VwGO*) organise une procédure spéciale de « contrôle [abstrait] des normes » réglementaires (*Normenkontrolle*) devant les Cours administratives supérieures, visant avant tout à ouvrir un recours contre certains règlements directement applicables qui ne nécessitent pas d'actes d'application (lesquels pourraient faire l'objet d'une *Anfechtungsklage*).

La procédure a connu de nombreuses évolutions, notamment pour étendre son champ d'application et adapter sa procédure (voir les réformes de 1976, 1986, 1990, 1993, 1996, 1997, 2001, 2004, 2006).

¹⁰ À l'inverse, Les lois entrées en vigueur avant 1949 (les « *vorkonstitutionnelle Gesetze* ») peuvent être contrôlées et, le cas échéant, écartées par le juge ordinaire.

S'il ne s'agit donc pas d'une voie de droit essentielle en contentieux administratif allemand, elle occupe une place à part, au regard de ses conditions de recevabilité comme de ses effets.

2. Des conditions de recevabilité strictes

a. Conditions tenant à l'objet du recours

§ 47 al. 1 : Sur requête, le tribunal administratif supérieur statue dans le cadre de sa juridiction sur la validité :

1. des règlements locaux/corporatifs édictés en vertu des dispositions du Code de l'urbanisme, ainsi que des règlements étatiques pris sur la base du § 246, al. 2 du Code de l'urbanisme.
2. d'autres règles de droit de rang inférieur aux lois des *Länder*, dans la mesure où le droit du *Land* le prévoit. »

L'article 47 VwGO précise ainsi les normes susceptibles de faire l'objet d'un contrôle abstrait. Il s'agit tout d'abord des règlements locaux ou fédéraux, pris en application du code de la construction (*Baugesetzbuch*). Au-delà, toute norme régionale de rang infralégislatif (règlement de police, règlements pris par des communes ou d'autres collectivités de droit public, etc.) peut également faire l'objet d'un tel recours, lorsque cela est expressément prévu par le droit des *Länder* (ce qui est le cas dans la plupart des *Länder*, mais pas dans tous, Hambourg et Brême faisant par exemple exception).

A contrario, ne sont donc pas concernés les règlements fédéraux¹¹.

b. Conditions tenant au requérant

§ 47« (2) ¹La requête peut être formée par toute personne physique ou morale qui fait valoir qu'elle est ou qu'elle peut s'attendre, dans un délai prévisible, à être lésée dans ses droits par la règle de droit ou par son application, ainsi que par toute autorité administrative dans un délai d'un an après la publication de la règle de droit. ²Elle doit être dirigée contre la collectivité, l'établissement ou la fondation qui a édicté la règle de droit. [...] ».

La procédure de l'article 47 VwGO est avant tout conçue comme une procédure objective, éloignée de la tradition allemande. Deux catégories de requérants doivent toutefois être distinguées. D'une part, les « autorités administratives » (*Behörde*), qui n'ont pas à faire

¹¹ De tels règlements demeurent toutefois peu nombreux. Rappelons en effet le principe du fédéralisme dit « administratif » qui prévaut en Allemagne : les lois fédérales sont en général mises en œuvre par les administrations des *Länder*, lesquels sont donc compétents pour édicter des lois d'application de la loi fédérale.

valoir de droit ou d'intérêt particulier, dans l'objectif affiché de garantir la légalité de l'action administrative. D'autre part, « toute personne physique ou morale », pour lesquelles la loi modifiant le code de justice administrative et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1997 (BGBl. I 1626)¹² a contribué à « subjectiviser » le recours, remplaçant la seule nécessité de démontrer l'existence d'un préjudice (*Nachteil*) par celle de faire valoir la violation ou la menace d'une violation d'un droit subjectif (*Recht*). Cette condition de recevabilité rapproche donc le contrôle des actes réglementaires du contrôle des actes administratifs (§ 42 al. 2 VwGO). L'accent est mis sur la protection individuelle subjective, ce qui exclut les recours des personnes simplement intéressées – même si certaines théories, comme celle de la norme de protection (*Schutznormtheorie*) mettent l'accent sur une conception souple du droit subjectif, afin de ne pas trop restreindre l'accès au prétoire du juge¹³.

De même, toujours dans l'objectif d'éviter toute action populaire ou collective, les personnes morales doivent faire valoir des droits qui leur sont propres. C'est à ce titre qu'une commune pourra contester un règlement en faisant valoir sa qualité de personne morale de droit public titulaire de droits spécifiques à l'auto-administration, garantis par l'article 28 de la Loi fondamentale.

Il ne peut être question de faire valoir de simples intérêts. Il faut toutefois noter les nouvelles possibilités de recours des associations de défense de l'environnement. Dès lors que les associations visent le plus souvent non pas à défendre leurs propres droits subjectifs, mais les intérêts d'autrui, leurs actions s'accommodent en effet mal du droit processuel allemand, centré sur la défense des droits publics subjectifs. Ce constat est de surcroît renforcé en droit de l'environnement, lequel vise lui-même avant tout la protection des intérêts objectifs de la collectivité, ne remplissant donc pas l'exigence de violation de droits publics subjectifs. En droit allemand, leur prise en compte est récente, et a parfois été contrainte par le droit européen et international. Les associations de défense de l'environnement ont ainsi obtenu le droit d'agir avec la loi fédérale sur la protection de la nature, telle que modifiée le 25 mars 2002. La loi du 15 décembre 2006 « relative aux recours en matière environnementale » (*Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz*), a ensuite accordé une attention renforcée à de telles actions. Elle transpose en effet la directive européenne 2003/35/CE, mettant en œuvre les obligations découlant de la « Convention d'Aarhus » sur l'accès à l'information, la

¹² Sur cette question : P. Mouzouraki, « La modification du code des tribunaux administratifs en Allemagne fédérale », *RFDA*, 1999, p. 150s.

¹³ Les controverses sur la recevabilité des recours sont très nombreuses en contentieux administratif allemand, précisément au regard de l'étendue indéterminée des titulaires de « droits subjectifs ». Voir par exemple, au sujet du § 47 VwGO : Giesberts, § 47 VwGo, *Beck'scher Online-Kommentar VwGO*, 2013, Rn. 40s.

participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, accord international signé le 25 juin 1998.

La question demeure cependant au cœur de l'actualité du droit administratif allemand : la loi précitée a en effet été modifiée le 8 avril 2013¹⁴, suite à la condamnation de l'Allemagne par l'arrêt *Trianel* rendu par la Cour de justice le 12 mai 2011¹⁵.

c. Délai

Le délai de deux ans prévu par la révision du VwGO de 1996 – délai pour introduire un recours, à compter de la publication de l'acte en cause, a été ramené à un an en 2007. Est ainsi recherchée une meilleure conciliation entre protection juridique et sécurité juridique. En outre, le délai pour introduire un recours contre un acte réglementaire, loi matérielle, est ainsi aligné avec le délai prévu pour l'introduction d'un recours constitutionnel contre une loi formelle devant la Cour constitutionnelle fédérale (art. 93 al. 1 BVerfGG – Loi sur la Cour constitutionnelle).

Le délai ainsi imposé reste cependant critiqué en doctrine, notamment lorsqu'il est rappelé qu'il n'existe aucune limite temporelle pour un contrôle des actes réglementaires à titre incident¹⁶.

d. Compétence

La procédure relève des tribunaux administratifs supérieurs / cours administratives supérieures « dans le cadre de leur juridiction » (§47 al. 1). Il s'agit des juridictions administratives suprêmes de chaque *Land* (appelées *Oberverwaltungsgericht* – OVG – ou *Verwaltungsgerichtshof*, terme utilisé dans les *Länder* de Bade-Wurtemberg, Bavière et Hesse), compétentes en droit administratif pour l'ensemble du Land. Elles ont une double compétence, pour connaître en appel de certains jugements des tribunaux administratifs (*Verwaltungsgerichte*) et en première instance (en particulier donc, pour connaître des recours contre les règlements administratifs). Depuis la création de la Cour administrative fédérale

¹⁴ Modification de la Loi sur les recours en matière environnementale (*Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz*, publiée le 2 mai 2013) :

http://www.bgbl.de/Xaver/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBI&jumpTo=bgbl113s0753.pdf#__Bundesanzeiger_BGBI__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D'bgbl113s0753.pdf'%5D__1367324675923_.

¹⁵ CJUE, 12 mai 2011, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen eV, aff. C-115/09, AJDA* 2011.1614, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; *D.* 2011. 2694, obs. F. G. Trébulle ; *RTDE*. 2011. 819, obs. L. Coutron ; *ibid.* 2012. 469, obs. P. Thieffry. Pour un commentaire en langue allemande : A. Schwerdtfeger, « Erweiterte Klagerechte für Umweltverbände – Anmerkung zum Urteil des EuGH v. 12.5.2011 in der Rechtssache Trianel », *EuR* 2012, p. 80s. Pour une analyse de cette adaptation de la législation allemande : A. Gaillet, in *Chronique de droit administratif allemand, Droit administratif*, n° 10, 2013.

¹⁶ Giesberts, § 47 VwGo, *Beck'scher Online-Kommentar VwGO*, 2013, Rn. 51s.

(*Bundesverwaltungsgerichtshof*) en 1952, certaines de leurs décisions peuvent faire l'objet d'un recours en révision.

Notons que le § 47 al. 3 et 4 VwGO tend à éviter les conflits de compétences avec les juridictions constitutionnelles :

3) Lorsque la loi prévoit que seule la Cour constitutionnelle d'un Land peut contrôler la règle de droit, la cour administrative supérieure n'examine pas la compatibilité de la règle de droit avec le droit du Land.

4) Si une procédure de vérification de la validité de la règle de droit est pendante devant une Cour constitutionnelle, la cour administrative supérieure peut ordonner la suspension de l'audience jusqu'au terme de la procédure devant la Cour constitutionnelle.

3. Procédure

a. Caractère contradictoire de la procédure

§ 47 al. 2 phrase 3 VwGO : Le tribunal administratif supérieur peut donner au Land et à d'autres personnes morales de droit public, dont la compétence est touchée par la règle de droit, la possibilité de s'exprimer dans un délai à fixer.

§ 47 al. 2 phrase 4 : ⁴Le § 65, al. 1 et 4 et le § 66 sont applicables par analogie.

Le principe général du contradictoire, par ailleurs posé par le Code de justice administrative (§ 54 VwGOs.), trouve à s'appliquer dans le cadre du contrôle abstrait des actes réglementaires. Certaines spécificités sont cependant à relever. Jusqu'en 2002 (BGBl. 2001, 3987), la possibilité de tierce intervention (*Beiladung*) était considérée comme incompatible avec le caractère abstrait et objectif du contrôle des lois matérielles. Les évolutions récentes mettent ainsi l'accent sur la protection des droits subjectifs, y compris des tiers, notamment lorsqu'un plan d'urbanisme (*Bebauungsplan*) est contesté¹⁷. Il est toutefois rappelé qu'en principe, le pouvoir de faire droit à une demande de tierce intervention relève du pouvoir discrétionnaire du tribunal compétent auquel la demande est adressée.

b. Les cas de sursis à statuer

§47 al. 4 VwGO :

Si une procédure de vérification de la validité de la règle de droit est pendante devant une Cour constitutionnelle, le tribunal administratif supérieur peut ordonner la suspension de l'audience jusqu'au terme de la procédure devant la Cour constitutionnelle.

¹⁷ Giesberts, § 47 VwGo, *Beck'scher Online-Kommentar VwGO*, 2013, Rn. 60s.

Aux fins de bonne administration de la justice, le § 47 al. 4 VwGO prévoit expressément la possibilité, pour le tribunal compétent, de décider de surseoir à statuer, lorsqu'une procédure est en cours devant une cour constitutionnelle (y compris cours des *Länder* donc). Un renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne (art. 267 TUE) ou à la Cour constitutionnelle (art. 100 LF) peuvent aussi conduire le tribunal compétent à surseoir à statuer.

c. La possibilité d'une procédure orale

§47 al. 5 : 1. La cour administrative supérieure statue par un arrêt (*Urteil*) ou, s'il estime qu'une audience orale n'est pas nécessaire, par une décision (*Beschluss*).

Ici encore, il appartient à la cour administrative supérieure compétente, de décider s'il y a lieu de statuer selon une procédure orale. Lorsqu'un droit subjectif d'un requérant est en jeu, la procédure orale est cependant imposée par le respect de l'article 6 § 1 CEDH, sauf renonciation expresse ou lorsque la procédure est manifestement mal fondée (BVerwG, NVwZ 2000, 810s.)

4. Le jugement et ses effets

a. Normes de référence du contrôle

Les normes de référence du contrôle sont toutes les normes de rang supérieur à la norme contrôlée, ordinaire comme constitutionnel, fédéral comme émanant des *Länder*.

Deux précisions peuvent toutefois être relevées ici. D'une part, le § 47 al. 3 VwGO dispose que « lorsque la loi prévoit que seule la Cour constitutionnelle d'un Land peut contrôler la règle de droit, le tribunal administratif supérieur n'examine pas la compatibilité de la règle de droit avec le droit du Land ». D'autre part, la jurisprudence constante comme la doctrine dominante rappellent que le droit européen fait partie intégrante des normes de référence du contrôle des actes réglementaires dans le cadre du § 47 VwGO.

b. Sanction

§ 47 al. 5 : 2. Si la cour administrative supérieure conclut que la règle de droit n'est pas valide, il la déclare dépourvue d'effet ; dans ce cas, la décision a force obligatoire générale et la partie adverse doit en publier le dispositif conformément aux règles de publicité applicables à cette règle de droit.

La sanction du contrôle objectif peut être la déclaration de nullité de la norme *erga omnes* (*Nichtigkeit*). Notons que la double fonction du contrôle de normes, voie de droit tendant à la

protection juridique subjective comme au contrôle objectif de la norme contrôlée peut se traduire par une déclaration partielle de nullité d'un acte, que n'aurait pas sollicité le requérant.

c. Mesures provisoires

§ 47 al. 6 : « Sur requête, le tribunal peut rendre une ordonnance de référé, en cas d'urgence, pour parer à des préjudices graves ou d'autres raisons importantes »

C. Le contrôle par le juge constitutionnel

1. Le contrôle abstrait des normes (*abstrakte Normenkontrolle*)

Article 93 LF

1. La Cour constitutionnelle fédérale statue : [...]
 2. en cas de divergences d'opinion ou de doutes sur la compatibilité formelle et matérielle, soit du droit fédéral ou du droit d'un *Land* avec la présente Loi fondamentale, soit du droit d'un *Land* avec toute autre règle du droit fédéral, sur demande du Gouvernement fédéral, d'un gouvernement de *Land*, ou d'un tiers des membres du *Bundestag*.

La Loi fondamentale allemande institue un contrôle des règlements par la Cour constitutionnelle fédérale. Il s'agit d'un contrôle par voie d'action, abstrait et objectif, visant la garantie objective du droit constitutionnel comme fédéral. Il ne peut être actionné que par des catégories spécifiques de requérants (Gouvernement fédéral, d'un gouvernement de *Land*, ou d'un tiers des membres du *Bundestag*). Si le cercle des requérants est donc plus restreint que dans le cadre de la procédure prévue à l'art. 47 VwGO, l'objet du contrôle peut être plus large. Peuvent en effet être visés :

- les règlements fédéraux - lesquels ne peuvent pas faire l'objet d'un contrôle « abstrait des normes » sur le fondement du § 47 de la loi sur la justice administrative) ;
- de tous les règlements des *Länder*, des arrondissements et des communes, y compris à l'égard du droit fédéral

2. Le contrôle concret des normes (*konkrete Normenkontrolle*)

Article 100 al. 1 LF :

(1) ¹Si un tribunal estime qu'une loi dont la validité conditionne sa décision est inconstitutionnelle, il doit surseoir à statuer et soumettre la question à la décision du tribunal compétent pour les litiges constitutionnels du Land s'il s'agit de la violation de la constitution

d'un Land, à la décision de la Cour constitutionnelle fédérale s'il s'agit de la violation de la présente Loi fondamentale. ²Il en est de même s'il s'agit de la violation de la présente Loi fondamentale par le droit d'un Land ou de l'incompatibilité d'une loi de Land avec une loi fédérale.

Les requérants peuvent soulever la question de la constitutionnalité de la loi sur laquelle se fonde le règlement, ce qui peut aboutir à la déclaration de nullité de la loi et, en conséquence, au retrait du règlement pour défaut de base légale. L'article 100 al. 1 LF réserve ainsi l'annulation des lois inconstitutionnelles à la Cour constitutionnelle fédérale (*Verwerfungsmonopol*).

3. Le recours constitutionnel

Article 93 LF :

(1) La Cour constitutionnelle fédérale statue : [...]

4a. sur les recours constitutionnels qui peuvent être formés par quiconque estime avoir été lésé par la puissance publique dans l'un de ses droits fondamentaux ou dans l'un de ses droits garantis par les articles 20, al. 4, 33, 38, 101, 103 et 104 ; [...]

Ce recours vaut toutefois rarement directement contre les règlements administratifs, dans la mesure où la condition d'épuisement des voies de recours n'est pas remplie (§ 90 III 1 BVerfGG (en principe renvoi au contrôle de normes : BVerfGE 76, 107, 114s.))¹⁸.

Un recours formé contre les jugements suprêmes de la juridiction administrative reste possible si la violation d'un droit fondamental est invoquée. On en revient alors à un contrôle incident.

III. Précisions sur le contrôle exercé

A. Les conditions de légalité formelle

1. Compétence

Voir I.C. (présentation générale du règlement).

2. Procédure

- Certains règlements sont soumis à l'approbation du *Bundesrat*

Article 80 al. 2 LF Sont soumis à l'approbation du *Bundesrat*, sauf disposition contraire de la loi fédérale, les règlements du gouvernement fédéral ou d'un ministre fédéral relatifs aux principes et aux tarifs d'utilisation des installations des postes et télécommunications, aux principes de la perception de la redevance pour l'utilisation des installations des chemins de

¹⁸ Pour les exceptions à la règle de l'épuisement des voies de recours, se reporter notamment au § 90 al. 2 phrase 2 BVerfGG.

fer de la Fédération, à la construction et à l'exploitation des chemins de fer, ainsi que les règlements qui sont pris en vertu de lois fédérales soumises à l'approbation du *Bundesrat* ou dont les *Länder* assurent l'exécution par délégation de la Fédération ou à titre de compétence propre.

- D'autres autorités peuvent faire valoir un droit de consultation

Voir par exemple, pour une association de protection de l'environnement : HessVGH NVwZ 1982, H. Schneider, *Gesetzgebung*, Rn. 263s.)

3. Forme

Article 80 al. 1 LF « Le gouvernement fédéral, un ministre fédéral ou les gouvernements des Länder peuvent être autorisés par la loi à édicter des règlements. ²Cette loi doit déterminer le contenu, le but et l'étendue de l'autorisation accordée. ³Le règlement doit mentionner son fondement juridique. ⁴S'il est prévu dans une loi qu'une autorisation peut être subdéléguée, un règlement est nécessaire pour la délégation de l'autorisation ».

Outre la forme écrite du règlement, son fondement normatif doit être précisé, conformément à l'article 80 al. 1, phrase 3 LF : « Le règlement doit mentionner son fondement juridique » (*Zitiergebot*, *Ermächtigungsgebot*) – Voir à ce titre : BVerfGE 101, 1 [41s.]. L'acte devient ensuite opposable par sa publication (*Verkiündung*).

B. Le contrôle de légalité matérielle

1. Les motifs de droit

a. *Le respect de la hiérarchie des normes : un contrôle objectif*

b. *L'obligation de respecter la loi conférant le pouvoir réglementaire*

Le contrôle du règlement vise également à vérifier l'habilitation législative du règlement (cf. supra art. 80 al. 1 LF). En Allemagne, il n'y a ni règlement autonome ni délégation législative (« *Delegationsverbot* »). Cette conception est fondée sur les principes démocratiques et d'Etat de droit (dont découle le principe de sécurité juridique), au respect desquels veille particulièrement la Cour constitutionnelle – même si sa jurisprudence est parfois fluctuante. On retrouve par ailleurs de tels principes dans les Constitutions¹⁹, voire dans les législations des *Länder* [Voir par exemple les lois de police et de maintien de l'ordre public des Länder –

¹⁹ Et lorsqu'une telle disposition n'existe pas, la Loi fondamentale s'applique, imposé par la clause d'homogénéité de l'art. 28 al. 1 (BVerfGE 41, 251, [266]).

Polizei- und Ordnungsgesetze –, qui contiennent des règles détaillées sur l'édiction de règlements de police (*Polizeiverordnungen*) (ex : §§10 Bad. Württ. PolG)].

c. L'importance particulière du respect des principes tel que l'égalité, la proportionnalité, la sécurité juridique, ainsi que des droits fondamentaux

2. Intensité du contrôle et pouvoir discrétionnaire

Dans la conception renouvelée de l'Etat de droit de l'Allemagne après le III^e Reich, le pouvoir discrétionnaire a eu tendance à devenir « un corps étranger »²⁰. Partant, la théorie allemande repose sur une distinction qui la différencie de la doctrine française du pouvoir discrétionnaire.

a. Le pouvoir discrétionnaire (Ermessen)

Le pouvoir discrétionnaire renvoie à la seule liberté de choix accordée par la loi à l'administration entre plusieurs solutions également légales. Dans ce cas, le contrôle juridictionnel est nécessairement limité. Mais l'exercice du pouvoir discrétionnaire n'en est pas moins « encadré ». On parle alors de « pouvoir discrétionnaire juridiquement encadré », (*rechtlich gebundenes Ermessen*), illustration du contrôle croissant exercé par le juge. Peuvent être distingués les contrôles de l'excès du pouvoir d'appréciation (*Ermessensüberschreitung*), du détournement du pouvoir d'appréciation (*Ermessensmissbrauch*), le non usage du pouvoir d'appréciation (*Ermessensunterschreitung*), ou encore le contrôle de l'absence de violation d'un droit fondamental par l'usage du pouvoir discrétionnaire.

b. Les notions juridiquement indéterminées (unbestimmte Rechtsbegriffe)

Les notions indéterminées font l'objet d'un contrôle juridictionnel entier, elles ne sont en principe pas considérées comme autorisant une « latitude de jugement » à l'administration – même si cette idée, relativement datée, est souvent remise en cause tant par la doctrine que par une jurisprudence, souvent « au cas par cas »²¹. Un contrôle restreint demeure rare. Il concerne par exemple certaines appréciations à caractère scientifique ou artistique émises par

²⁰ M. Bullinger, « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration. Evolution, fonctions, contrôle par les tribunaux », *RFDA* 1988, p. 443. En langue allemande, l'un des articles de référence demeure – malgré son caractère quelque peu daté : O. Bachof, « Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht », *JZ* 1955, p. 97s.

²¹ Pour l'importance du lien entre pouvoir discrétionnaire et principe d'égalité : O. Jouanjan, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Paris, Economica, 1992, p. 333s.

des comités indépendants, ainsi que les évaluations dans les secteurs technique, économique ou social.

Bibliographie

Sur l'acte administratif

Detterbeck, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*. 12^e éd., München 2014.

Fromont, *La répartition des compétences entre les tribunaux civils et administratifs en droit allemand*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, t. 33, 1960.

Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 18. éd., München 2011 [3^e partie: *Das Verwaltungshandeln: Der Verwaltungsakt*].

Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1895, t. 1.

Pauly, « Verwaltungsakt », in A. Erler, E. Kaufmann, (dir.), *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*, 1^{re} éd., Berlin, Schmidt, 5 vol., 1971-1998, t. 5, p. 875-877.

Schmidt-Assmann, « Die Rechtsverordnung in ihrem Verhältnis zu Gesetz und Verwaltungsvorschrift », *Festschrift Vogel*, 2000, p. 477s.

Stier-Molo, « Verwaltungsakt », in F. Stier-Molo, A. Elfter (dir.), *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*, Berlin et Leipzig, de Gruyter & Co, 8 vol., 1926-1937, t. 6, p. 577-581.

Sur le contrôle contentieux :

Arnold, « Le contrôle juridictionnel des décisions administratives en Allemagne », *AJDA* 1999 p. 658s.

Auby, Fromont, *Les Recours juridictionnels contre les actes administratifs dans le droit des Etats membres de la CEE : Allemagne, Belgique, France, Italie, Luxembourg, Pays-Bas*, 1971, 455s.

Berg, « Alte und neue Fragen zur verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle », *DÖV*, 1981, p. 889s.

Gerhardt/Bier, « VwGO § 47 [Sachliche Zuständigkeit des OVG bei der Normenkontrolle] », in Schoch/Schneider/Bier Gerhardt/Bier, *Verwaltungsgerichtsordnung*, beck-online, 2012.

Fromont, *Rechtsschutz gegenüber der Verwaltung in Deutschland, Frankreich*, 1967.

Kamp, *Das Verhältnis von verfassungsgerichtlichen und verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren*, 1995.

Krebs, « Subjektiver Rechtsschutz und objektive Rechtskontrolle », *Festschrift Menger*, p. 191s.

Maurer, « Rechtsschutz gegen Normen », in: *Tübinger Festschrift für Eduard Kern*, 1968, p. 275s.

Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 18e éd., München, 2011, p. 358s.

Müller-Terpitz, « Rechtsverordnungen auf dem Prüfstand des Bundesverfassungsgerichts », *DVBl.* 2000, p. 232.

Ossenbühl, « Rechtsverordnung, Autonome Rechtsetzung der Verwaltung, Satzung », in : *HStR* III, §§ 64–66.

Ossenbühl, « Richterliches Prüfungsrecht durch Rechtsverordnungen », *Festschrift Huber*, 1981, p. 283s.

Pietzcker, « Inzidentverwerfung rechtswidriger untergesetzlicher Rechtsnormen durch die Verwaltung », *DVBl.* 1986, p. 806s.

Renck, « Zur Dogmatik des Rechtsschutzes unmittelbar gegen Normen », *BayVBl.* 1994, p. 457s.

Renck, « Gesetzgebungsbefugnis und verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle », *DÖV* 1996, p. 409s.

Schenke, « Der Rechtsschutz des Bürgers gegen Verwaltungsvorschriften », *DÖV* 1979, p. 622s.

Schmidt-Aßmann, « Die Lehre von den Rechtsformen des Verwaltungshandelns », *DVBl.* 1989, p. 533s.

Schoch (dir.), *Verwaltungsgerichtsordnung*, 25^e éd., 2013

Stelkens, (dir.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 8^e éd., 2014.

Wilke, « Bundesverfassungsgericht und Rechtsverordnungen », *AöR* 98, 1973, p. 196s.

Ziller, « Le contrôle du pouvoir réglementaire en Europe », *AJDA* 1999 p. 635s.

Sur le pouvoir discrétionnaire

v. Danwitz, *Die Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgebers*, 1989, p. 161s.

BELGIQUE

Jean Latournerie

Avocat à la Cour

Remarques préliminaires : L'organisation de la justice administrative belge

Le contrôle juridictionnel de l'action administrative belge est fondé sur l'existence de deux ordres juridictionnels : l'ordre des juridictions judiciaires qui est né au moment de l'indépendance de la Belgique et l'ordre juridictionnel administratif, né juste après la Seconde Guerre mondiale. Le Conseil d'Etat belge a été créé par la loi du 23 décembre 1946 et a été institué en octobre 1948. Il comprend deux sections, la section législative et la section d'administration, désormais dénommée « *Section du contentieux administratif* ». Il n'a été consacré dans la Constitution belge qu'en 1993, dans le Titre III (« *Des Pouvoirs* »), Chapitre VII (« *Du CE et des juridictions administratives* ») dans les articles 160 et 161. Notons qu'en Belgique, il n'existe pas de pyramide de juridictions administratives, même si cette possibilité est ouverte par la Constitution²². La juridiction administrative belge n'est pas constituée de tribunaux administratifs ni de cours administratives d'appel, à l'instar de la juridiction administrative française, mais d'un Conseil d'Etat et de juridictions administratives spéciales.

Les juridictions de l'ordre judiciaire sont compétentes pour juger de litiges mettant en cause deux types de droits subjectifs : a) des droits de caractère civil (article 144 de la

²² V. l'article 161 de la Constitution Belge. Le législateur belge a créé de juridictions administratives sans se soucier de leur cohérence : il l'a fait dans le cadre d'un contexte de contestation afin de répondre à des besoins concrets dans de domaines précis. La nature juridictionnelle de ces juridictions a été contestée, ainsi que la nature des actes émanant de leurs organes (actes juridictionnels ou administratifs). Des lois spécifiques ont créé de nombreuses juridictions administratives, peu uniformes en termes de structure et d'organisation. Elles disposent toutefois d'une caractéristique en commun qui repose sur la combinaison de fonctions administratives aux compétences juridictionnelles. A titre indicatif, nous citons la Cour des Comptes (art. 180 de la Constitution), la députation permanente du Conseil provincial, le collège juridictionnel de la Région bruxelloise, les juridictions ordinales, le Conseil de la concurrence, la Commission spéciale pour l'indemnisation de détentions préventives inopérantes, la Commission pour l'aide aux victimes d'actes internationaux de violence. Après la réforme de la loi du 15 septembre 2006, le contentieux des personnes étrangères, jusqu'alors confié au Conseil d'Etat, a été confié à une nouvelle juridiction administrative, le Conseil du contentieux des étrangers. Cependant, le Conseil d'Etat conserve toujours la compétence de cassation à l'égard des actes émanant des juridictions administratives.

Constitution Belge) et b) des droits de caractère politique. Cependant, même si la Constitution confie tous les litiges relatifs aux droits subjectifs des requérants²³ au pouvoir judiciaire, le législateur peut désormais exceptionnellement confier les litiges relatifs aux droits subjectifs de caractère politique à d'autres juridictions (article 145 de la Constitution belge)²⁴. Lorsqu'un requérant vise à la protection d'un ou plusieurs de leurs droits subjectifs, le litige est déféré devant les juridictions judiciaires ou devant celles créées en vertu de l'article 145 de la Constitution, le.

Le contentieux de l'annulation des actes des autorités administratives pour illégalité échappe au contrôle du pouvoir judiciaire et est confié au Conseil d'Etat²⁵. Certes, le juge judiciaire peut toujours apprécier de façon incidente la légalité d'un acte administratif, mais le Conseil d'Etat reste le juge de droit commun de la légalité des actes des autorités administratives. Lorsqu'un litige est déféré devant le Conseil d'Etat, le requérant vise à obtenir l'annulation d'un acte illégal, c'est-à-dire à le faire sortir de l'ordonnancement juridique. Néanmoins, un certain nombre de contentieux se rapportant à des droits subjectifs sont, malgré tout, traités par le Conseil d'Etat. Nous faisons référence notamment au contentieux de cassation²⁶ ou à celui de la pleine juridiction²⁷. De la même façon, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent connaître de litiges relevant du contentieux objectif²⁸.

²³ Tous les litiges se rapportant aux droits subjectifs des personnes, qu'il s'agisse de litiges opposant deux personnes physiques ou morales de droit privé ou de litiges opposant une personne physique ou morale de droit privé à une personne morale de droit public (Etat, Province, Commune, et, depuis la mise en place du système fédéral, Régions et Communautés).

²⁴ David Renders, « La réforme du Conseil d'Etat de Belgique », *AJDA*, 2008, p. 228 s. : « La principale exception à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire en matière de droits subjectifs de nature politique est la loi organique sur le Conseil d'Etat de Belgique, au sein duquel la Section d'administration se voit reconnaître des missions juridictionnelles. Entre autres choses, celle-ci est chargée, en premier et en dernier ressort, d'annuler - et, le cas échéant, de suspendre - l'acte administratif unilatéral irrégulier. Elle est également investie du pouvoir de casser les décisions rendues, en dernier ressort, par les juridictions administratives qui, sans correspondre à une pyramide, ont çà et là été créées, au bénéfice de l'article 145 précité de la Constitution. Le constituant estime que les missions juridictionnelles reconnues au Conseil d'Etat mettent aux prises des droits subjectifs de caractère politique, dès lors que la prétention véritable du requérant n'est pas de solliciter la protection juridictionnelle en vue d'assurer son bien propre et personnel, mais de restaurer la légalité, ce qui correspond à une prérogative reconnue au requérant en qualité de membre de la collectivité politique ».

²⁵ Article 14 des Lois Coordinées sur le Conseil d'Etat (ci-après, LCCE).

²⁶ Dans le cadre du contentieux de cassation, le Conseil d'Etat peut statuer sur les recours en cassation formés contre les décisions contentieuses rendues en dernier ressort par les juridictions administratives pour contravention à la loi ou pour violation des formes (article 14 § 2, LCCE).

²⁷ A titre d'exemple, en matière électorale.

²⁸ Il s'agit des « actions attribuées » à certaines autorités ou personnes privées dans le but de sauvegarder la légalité de certains documents, comme par exemple des documents d'urbanisme ou des règlements professionnels et déontologiques.

En conséquence, nous remarquons qu'en Belgique les actes de l'administration peuvent être déférés devant a) des juridictions judiciaires pour les droits de caractère politique, en vertu de l'article 145 de la Constitution, b) des juridictions administratives à compétences spécialisées pour les droits de caractère politique dont le contentieux est confié par législateur à ce type de juridictions, en vertu de l'article 145 de la Constitution) et c) le Conseil d'Etat pour le contentieux d'annulation, dit « objectif », en vertu des articles 160 et 161 de la Constitution.

I. L'identification de l'acte à portée générale

L'acte réglementaire est défini de manière positive (A.) selon son contenu (A.1.) et selon la nature de l'organe dont il émane (A.2.), tandis qu'il est identifiable de manière négative (B.) au moyen de la distinction entre actes réglementaires et actes individuels (B.1.), règlements non annulables (B.2.) et actes non annulables (B.3.).

A. Identification positive

1. La notion d'acte réglementaire

L'acte à portée générale est un acte prescrivant des règles de droit. Il s'agit d'un acte administratif, même s'il présente des ressemblances avec l'acte législatif du fait de son contenu qui est général²⁹, obligatoire et impersonnel. En général, en droit belge, les actes administratifs – individuels ou réglementaires –, sont adoptés à l'issue d'une procédure formalisée. Le caractère réglementaire d'un acte administratif entraîne un certain nombre de conséquences relatives aux règles et à la procédure de leur édicition, de leur mise en œuvre, ainsi que de leur annulation. Les ministres soumettent, chacun dans le domaine de compétence de son ministère et à l'avis motivé³⁰ de la Section de législation du Conseil d'Etat, le texte de tous avant-projets de loi, de décrets, d'ordonnances ou de projets d'arrêtés

²⁹ L'acte réglementaire est susceptible de régir un nombre indéterminé de situations, même s'il est appliqué dans un nombre restreint de cas connus *a priori*.

³⁰ Cependant, il existe d'actes réglementaires qui fixent les cadres administratifs des ministères, déterminent le nombre d'emplois de chaque grade et peuvent faire l'objet d'un recours en annulation, mais pour lesquels l'obligation de soumission à l'avis de la Section de Législation du Conseil d'Etat n'est pas établie, du fait qu'ils ne contiennent pas de règles de droit.

réglementaires³¹. La loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs dispense les actes réglementaires de la formalité de motivation.

2. *Auteurs des actes à portée générale*

L'article 36 de la Constitution belge confie le pouvoir législatif simultanément au Roi, à la Chambre des représentants et au Sénat, tandis que l'article 37 réserve le pouvoir exécutif fédéral au Roi. Le Roi dispose d'un pouvoir réglementaire assez étendu. Plus précisément, il est habilité – soit directement par la Constitution³², soit par la loi – à prendre tous les arrêtés réglementaires nécessaires à l'exécution des lois. A l'exception du Roi, d'autres autorités administratives se sont vues reconnaître la compétence d'édicter des actes réglementaires qui peuvent être déferés au Conseil d'Etat. Il s'agit des gouvernements des entités fédérées et des ministres fédéraux³³ qui disposent d'une compétence *rationae loci*.

B. Identification négative

Les actes à portée générale se distinguent des actes individuels (1.), des actes présentant les caractéristiques d'actes réglementaires sans pour autant être annulables (2.) ainsi que des actes qui ne sont pas annulables car n'étant pas exécutoires, donc ne pouvant faire grief (3.).

1. Acte réglementaire et acte individuel

Des règles et principes différents sont appliqués selon que l'acte administratif est de nature réglementaire ou de portée individuelle. La distinction est opérée en fonction du nombre de destinataires ainsi que du contenu – général ou particulier – de l'acte, mais il subsiste encore en droit belge des actes dits « hybrides » dont le classement reste délicat. A titre d'exemple, le permis de lotir contient à la fois une règle de portée individuelle (l'autorisation de division d'un bien) et une de portée générale (la création d'un lotissement

³¹ Article 3 des LCCE.

³² Article 108 de la Constitution.

³³ Les ministres tiennent ce pouvoir réglementaire de diverses lois et arrêtés royaux.

constitué de nombreuses propriétés). Par ailleurs, certains actes sont directement qualifiés d'individuels ou réglementaires par la loi.

2. Des règlements non annulables

a) Les règlements ratifiés ou validés par la loi

La transmutation de l'arrêté réglementaire en acte législatif par le truchement de la procédure de ratification législative soustrait l'arrêté au contrôle du Conseil d'Etat. La validation législative constitue une espèce de ratification d'un acte affecté d'illégalité, mais qui vient *a posteriori* de son annulation afin de permettre son maintien dans l'ordre juridique, à la différence de la ratification qui peut être prévue par les textes même avant l'édition de l'acte. Cependant, la doctrine a soulevé l'incompatibilité de telles techniques de confirmation de la légalité d'un acte réglementaire – déclaré pourtant illégal – avec l'Etat de droit ainsi qu'avec l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme concernant les règles relatives au procès équitable.

b) Les conventions collectives du travail

Les commissions paritaires au sein desquelles les conventions collectives du travail sont négociées sont qualifiées d'autorités administratives susceptibles d'édicter des actes administratifs. Les conventions collectives du travail ont comme objet de réglementer les conditions d'emploi et de définir les règles contenues dans les contrats de travail. Leur contenu est général et s'impose à un nombre indéterminé de destinataires, même à ceux qui n'ont pas participé à leur élaboration. Par conséquent, elles ont force obligatoire *erga omnes*. Bien qu'elles soient considérées par la jurisprudence du Conseil d'Etat comme des règlements³⁴, le législateur a décidé de les soustraire à son contrôle³⁵ sans pour autant contester leur nature réglementaire.

³⁴ CE, 14 juin 1994, n° 5.714 (le Conseil d'Etat, statuant à propos d'une situation née avant l'entrée en vigueur de la disposition de la loi du 20 juillet 1991 (article 107) a qualifié pour une nouvelle fois une convention collective du travail, conclue au sein d'un organe paritaire, de règlement administratif).

³⁵ L'article 107 de la loi du 20 juillet 1991 contenant diverses dispositions sociales précise expressément qu'une convention collective qui a été conclue au sein d'un organe paritaire n'est pas susceptible de recours en

3. Des actes non annulables

a) Les circulaires

Les circulaires peuvent contenir des lignes directrices données par les autorités de tutelle à leurs autorités ou organes subordonnés. Ces circulaires n'ayant pas de force obligatoire, elles s'éloignent de la définition de l'acte réglementaire. Dans ce cas, même si elles contiennent des principes nouveaux, elles sont considérées comme insusceptibles de recours en annulation devant le Conseil d'Etat. En revanche, les circulaires contenant des véritables instructions adressées par le chef d'une autorité administrative à ses subordonnés³⁶ présentent un caractère contraignant et sont susceptibles d'annulation.

b) Les actes de gouvernement

En Belgique, la théorie des « actes de gouvernement » n'a jamais bénéficié d'une consécration législative ou jurisprudentielle. Cette théorie a certes suscité des débats lors des travaux préparatoires de la loi de 1946 sur le Conseil d'Etat, mais le législateur n'y a finalement fait aucune référence. Par ailleurs, la jurisprudence n'a jamais justifié l'interdiction du contrôle juridictionnel ou l'irrecevabilité de certaines requêtes en annulation en raison du caractère de l'acte comme acte de gouvernement, même si certaines constructions jurisprudentielles analogues à la théorie des « actes de gouvernement »³⁷ ont été employées.

En réalité, il existe en Belgique des actes émanant des ministres ou du Gouvernement qui échappent au contrôle juridictionnel et qui ressemblent aux « actes de gouvernement » français. Si ces actes sont soustraits au contrôle du Conseil d'Etat, c'est notamment pour des

annulation devant le Conseil d'Etat (art. 26, al. 3, Loi- C.C.T.). La Cour d'arbitrage a été saisie d'une question préjudicielle du Conseil d'Etat à propos de la constitutionnalité de l'article 107 susvisé, mais a considéré qu'il ne violait pas les articles 6 et 6bis de la Constitution.

³⁶ Par exemple, les ordres professionnels vis-à-vis de leurs membres.

³⁷ V. Colloque du 7 juin 2010, Association des Conseils d'Etat et des Juridictions Administratives Suprêmes de l'Union Européenne, « Prévenir des arrières dans la justice administrative », Paul Lewalle, Belgique, p. 5 ; P. Lewalle et Luc Donnay, *Contentieux administratif*, Larcier, 2008, n° 423, p. 670 à 675.

raisons propres liées à chaque acte et non sur la base de caractéristiques communes leur conférant le caractère d' « actes de gouvernement »³⁸.

c) Les mesures d'ordre intérieur

Les mesures d'ordre intérieur sont des décisions internes que l'administration prend en vue de mettre en place l'organisation de ses services. Traditionnellement, ce sont des actes sans influence sur l'ordonnancement juridique et c'est pour cette raison qu'ils sont insusceptibles d'annulation³⁹, tout comme les mesures d'ordre intérieur en droit français. Lorsqu'ils entraînent des modifications importantes dans la situation juridique d'un agent, ils sont toutefois susceptibles d'annulation⁴⁰.

d) Les actes préparatoires

Les actes préparatoires sont tous les actes qui sont accomplis pour permettre l'édiction de la décision administrative finale et qui se limitent à préparer, reproduire, expliquer, divulguer d'autres actes, sans pour autant modifier en eux-mêmes la situation juridique des personnes⁴¹. Ils sont considérés comme des actes ne faisant pas grief et, par conséquent, ne sont pas susceptibles de recours devant le Conseil d'Etat⁴². Exceptionnellement, ces actes peuvent être attaqués pour violation des formes substantielles à l'occasion d'un recours en annulation dirigé contre l'acte final.

³⁸ A titre d'exemple, la décision du ministre des affaires étrangères de déclarer un diplomate persona non grata n'est pas contrôlée du fait de l'absence d'obligation de motivation, comme il s'agit d'une convention internationale ; la conclusion de traités internationaux est un acte soustrait au contrôle du juge du fait que la loi la ratifiant par la Cour d'arbitrage est suffisant ; les arrêtés de grâce ou conférant des titres de noblesse ne sont pas susceptibles de contrôle car l'intérêt à agir n'est reconnu à personne ; la promulgation des actes législatifs est un acte soustrait au contrôle juridictionnel puisque le contrôle de la Cour d'arbitrage sur la loi promulguée est considéré comme suffisant ; la validation par le Conseil provincial de l'élection de ses membres n'est pas un acte susceptible de contrôle du fait qu'il est qualifié par le Conseil d'Etat comme acte juridictionnel (le Conseil provincial est considéré comme étant une juridiction administrative).

³⁹ Application en droit belge du principe « *de minimis non curat praetor* ».

⁴⁰ Lorsqu'une mesure constitue une sanction à l'égard de l'agent ou lorsque l'objet de l'acte est un changement d'affectation obligeant l'agent à changer de lieu de travail.

⁴¹ A titre d'exemple, ont été considérés comme des actes préparatoires : une publication de vacance d'emplois (CE, 29 octobre 1974, *Van Meirvenne c/Etat belge*, n° 16.692, Rec. p. 1037 ; 29 mars 1995, *Claux c/Communauté française*, n° 52.599) ; l'acte par lequel le ministre donne son accord à une proposition de l'administration qui doit être concrétisée par un arrêté royal (CE, 4 mai 1976, *Vermersch c/Etat belge*, n° 17.596, Rec. p. 441) ; l'enquête publique préalable à l'octroi du permis d'exploiter un établissement dangereux (CE, 28 janvier 1983, *De Leener c/Ville de Gembloux*, n° 22.892, Rec. p. 204).

⁴² V. en ce sens, P. Lewalle, *Contentieux administratif*, n° 448 et s., 3^e éd., 2008.

II. L'identification du contrôle juridictionnel des actes à portée générale

A. Nature du contrôle

Le contrôle des actes réglementaires peut être exercé en Belgique au moyen d'une procédure non juridictionnelle (1.) ou d'un contrôle juridictionnel (2.).

1. Le contrôle non juridictionnel

C'est par l'exercice de recours administratifs ou par le dépôt des réclamations auprès de différents médiateurs que l'administré peut obtenir la modification d'un acte administratif, individuel ou réglementaire.

a) Les recours administratifs

L'Administration assure d'abord le contrôle de la légalité de son action par le truchement des recours administratifs. Dans plusieurs domaines, comme par exemple en matière d'urbanisme, le législateur a organisé des recours administratifs qui permettent à l'administré de s'adresser directement à une autorité administrative et d'invoquer des moyens d'illégalité d'un acte administratif le concernant. Lorsqu'un recours administratif préalable est obligatoire, le requérant ne peut s'adresser au Conseil d'Etat que lorsque toutes les possibilités de recours administratif sont épuisées.

b) Les réclamations auprès des médiateurs

En Belgique, une multitude d'institutions de médiation administrative ont été créées depuis 1991. Parmi les plus importantes, nous citons le Médiateur de la Région Wallonne, le Médiateur Flamand et les Médiateurs Fédéraux. En droit belge, le médiateur est une autorité publique indépendante qui lutte contre les erreurs administratives et qui s'inspire des attentes légitimes des administrés. Le recours à l'Ombudsman est un moyen simple et gratuit pour résoudre les conflits ; il favorise la transparence de l'autorité administrative. Les Ombudsmans belges sont également des autorités publiques qui ont la compétence de proposer des réformes. En Belgique, les médiateurs dans leur ensemble ne peuvent pas

communiquer sur des réclamations en cours⁴³. Cependant, en vertu de la loi du 22 mars 1995 instaurant des Médiateurs Fédéraux, le Parlement rend public les rapports des médiateurs sans pour autant révéler l'identité des réclamants et des membres du personnel des autorités administratives.

Le Médiateur de la Région Wallonne a été institué par le décret⁴⁴ du Conseil régional wallon en date du 22 décembre 1994. Il s'agit d'une autorité quasi parlementaire, indépendante du Parlement wallon. Le Médiateur de la Région Wallonne peut suggérer des modifications de décrets et d'arrêtés d'application. De ce fait, il est considéré comme un novateur et un agent de changement législatif⁴⁵. Il est compétent pour recevoir les plaintes émanant de toute personne – physique ou morale –, quelle que soit sa nationalité. La réclamation s'adresse directement au Médiateur qui apprécie seul l'opportunité d'une intercession ; ce qui constitue une divergence en comparaison des systèmes français ou anglais où il existe un filtrage parlementaire obligatoire.

Le décret du Conseil Flamand du 23 octobre 1991, relatif à la publicité des documents administratifs dans les services et Etablissements du Gouvernement Flamand⁴⁶, a institué un « fonctionnaire dénommé Médiateur ». Ce « Médiateur » est nommé par le Gouvernement flamand et a le statut d'autorité administrative. Ses fonctions sont déterminées par un arrêté du Gouvernement Flamand en date du 9 décembre 1992⁴⁷. Conformément au décret précité, le Médiateur a pour mission⁴⁸ d'« intervenir en tant qu'instance d'appel en matière de publicité », « traiter les réclamations » et « fournir des informations ».

En dernier lieu, les Médiateurs Fédéraux constituent une institution belge indépendante et impartiale qui examine les réclamations relatives aux actes ou au

⁴³ « Médiation. La communication au cœur de la médiation », Actes du colloque organisé à l'occasion du quinzième anniversaire de l'Institution du Médiateur de la Région Wallonne, Les éditions namuroises, 2012, Belgique, p. 95.

⁴⁴ L'article 12 §4 dudit décret énonce que « lorsqu'il apparaît au Médiateur, à l'occasion d'une réclamation dont il a été saisi, que l'application de dispositions législatives, décrétales ou réglementaires aboutit à une iniquité, il peut recommander à l'autorité administrative mise en cause toute solution permettant de régler en équité la situation du requérant, proposer à l'autorité compétente toutes mesures qu'il estime de nature à y remédier et suggérer les modifications qu'il lui paraît opportun d'apporter à des **textes** législatifs, décrets ou **réglementaires**. Il en informe le Ministre responsable ».

⁴⁵ Marie-José Chidiac, « Les Médiateurs, l'action administrative et l'éthique des services publics », Syllabus, 1999-2000, p. 27.

⁴⁶ M.B. 27/11/1991.

⁴⁷ M.B. 15/12/1992.

⁴⁸ Sur base de l'arrêté d'exécution du 9 décembre 1992.

fonctionnement des autorités administratives fédérales. Ils ont été instaurés par la loi⁴⁹ du 22 mars 1995. Leur intervention ne peut débuter qu'au moment où un citoyen introduit une réclamation. L'article 1^{er}, paragraphe 1^{er} de la loi du 22 mars 1995 dispose que les Médiateurs ont une triple mission⁵⁰ : ils examinent les réclamations relatives au fonctionnement des autorités administratives fédérales, ils mènent, à la demande de la Chambre des représentants, des investigations sur le fonctionnement des services administratifs fédéraux qu'elle désigne et, en se fondant sur les constatations faites à l'occasion de ces deux premières missions, ils formulent des recommandations et dressent rapport au Parlement.

La loi du 18 janvier 2014 portant réforme de compétence, de la procédure et de l'organisation du Conseil d'État prévoit une meilleure articulation entre la procédure au Conseil d'Etat et la médiation. L'introduction de la procédure ne suspendra plus la médiation en cours.

2. *Le contrôle juridictionnel*

Le contrôle juridictionnel des actes réglementaires peut être assuré à différents degrés et par des autorités différentes. Il est exercé de manière incidente par la Cour Constitutionnelle et les Cours et tribunaux de l'ordre judiciaire (a.). Il peut être exercé à titre principal par le Conseil d'Etat, seule juridiction administrative à compétence générale et par les juridictions administratives à compétence spéciale (b.). Par ailleurs, la responsabilité de l'administration dans l'exercice de la fonction réglementaire peut être engagée par voie juridictionnelle (c.).

a) Contrôle à titre incident

⁴⁹ L'article 1er de la loi énonce qu' « il y a deux Médiateurs fédéraux, l'un francophone, l'autre néerlandophone... Les Médiateurs agissent en collège ».

⁵⁰ V. Article 1^{er}, paragraphe 1^{er} de la loi du 22 mars 1995 : « Les Médiateurs ont pour mission 1. D'examiner les réclamations relatives au fonctionnement des autorités administratives fédérales, 2. De mener, à la demande de la Chambre des Représentants, toute investigation sur le fonctionnement des services administratifs fédéraux qu'elle désigne, 3. en se basant sur les constatations faites à l'occasion de l'exécution des missions visées aux 1er et 2, de formuler des recommandations et de faire rapport sur le fonctionnement des autorités administratives, conformément aux articles 14, alinéa 3, et 15, alinéa 1^{er} ».

En vertu des dispositions de l'article 159 de la Constitution belge, les Cours et Tribunaux de l'ordre judiciaire peuvent, tant au cours d'un procès civil que d'une instance pénale, refuser l'application⁵¹ des actes et règlements administratifs s'ils les jugent illégaux⁵². Le juge administratif⁵³, saisi à l'occasion d'une contestation portant sur des droits politiques, peut également exercer un contrôle sur la régularité de l'acte administratif qui est invoqué. Si l'acte administratif contrôlé – individuel ou réglementaire – est illégal⁵⁴, il doit refuser de l'appliquer. L'illégalité d'un règlement peut être soulevée par voie incidente à tout moment, sans limitation de délai, sous deux conditions : a) que la requête principale soit introduite dans le délai légal⁵⁵ et b) que le motif tiré de l'illégalité du règlement constitue un motif déterminant susceptible de conduire à l'annulation de l'acte.

Par ailleurs, la légalité des actes réglementaires peut être contrôlée incidemment par la Cour constitutionnelle et ce en vertu des articles 170, 172 et 191 de la Constitution. La Constitution assure le respect par les différents législateurs de la Belgique fédérale des libertés publiques, de la légalité et de l'égalité en matière d'impôts, les droits des étrangers et les règles répartissant les compétences entre l'Etat fédéral, les Régions et les Communautés.

⁵¹ Il est traditionnellement admis que l'article 159 ne donne de pouvoirs qu'au juge. L'administration elle-même est pour sa part tenue d'appliquer le droit interne et ne peut écarter la règle adoptée par une autorité supérieure à elle ou par elle-même, même pour contradiction avec une règle supérieure. A supposer que l'administration soit consciente de l'illégalité de l'acte qu'il lui revient d'appliquer, elle doit donc commettre consciemment une illégalité en appliquant cet acte et cette illégalité sera ensuite sanctionnée par le juge si celui-ci est appelé à intervenir sur le recours de l'intéressé. Par exemple : C.E., 27 avril 2010, *De Kempeneer*, n° 203.323 : « *Considérant que l'auteur de l'acte attaqué est un organe de l'administration active; qu'il est tenu d'appliquer les dispositions réglementaires et n'a pas le pouvoir d'écarter celle qu'il estimerait illégale; qu'en revanche, comme toute juridiction, le Conseil d'Etat est tenu de refuser d'appliquer toute disposition réglementaire qu'il juge illégale; qu'il s'ensuit que lorsqu'il contrôle la légalité d'un permis d'urbanisme ou d'un refus et que le moyen l'y invite, il doit laisser sans application le plan de secteur illégal* ».

⁵² La Cour de Cassation belge oblige tous les juges judiciaires à appliquer l'article 159 de la Constitution, en soulevant d'office le moyen pris de l'illégalité d'un acte administratif dont l'application. En revanche, devant le Conseil d'Etat, le moyen incident soulevant l'illégalité du règlement doit, comme tout moyen, être invoqué par le requérant dans sa requête. La seule exception à ce principe concerne l'hypothèse dans laquelle le motif pour lequel le règlement est critiqué par voie incidente est d'ordre public.

⁵³ Il s'agit du juge administratif compétent en matière de droits politiques en vertu de l'article 145 de la Constitution.

⁵⁴ Les normes de référence sur lesquelles le contrôle s'appuiera sont les règles émanant de toutes les sources du droit administratif supérieures à l'acte contrôlé, y compris les principes généraux du droit. Le contrôle est un contrôle de la légalité interne et externe de l'acte, aussi étendu que celui que le législateur a confié au Conseil d'Etat. Par ailleurs, l'Administration n'est pas partie au litige à l'occasion duquel l'illégalité de l'acte réglementaire est soulevée. En revanche, pour que l'acte soit annulé, il faut que la question soulevant son illégalité présente un rapport avec le litige en cours d'instruction.

⁵⁵ A titre d'exemple, à l'occasion d'un recours principal contre un permis unique d'urbanisme et d'environnement, introduit en 2007, le requérant peut soulever le moyen de l'illégalité d'un plan d'aménagement du territoire fort ancien, adopté en 1993 ou en 1981 et demander au Conseil d'Etat de constater que le permis qui a été adopté en application de ce règlement illégal est lui-même illégal et doit être suspendu ou annulé (C.E., 30 septembre 2008, *Vantomme et a.*, n° 186.682).

b) Contrôle à titre principal

Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes et règlements administratifs relève des juridictions administratives spéciales⁵⁶ et, surtout, du Conseil d'Etat qui peut annuler un acte sur recours direct de tout intéressé (i.), ainsi qu'ordonner de mesures provisoires (ii.) ou suspendre l'exécution de l'acte (iii.). Les recours en cassation des décisions prononcées en dernier ressort par les juridictions administratives dotées de compétences spécifiques relèvent de la compétence du Conseil d'Etat.

i) *Le recours en annulation*

Le Conseil d'Etat belge dispose, d'une part, des compétences consultatives qui se matérialisent par des avis sur des questions administratives non contentieuses et, d'autre part, de compétences contentieuses qui s'exercent par voie d'arrêts. Outre les contentieux de l'indemnité, des conflits de compétence entre autorités administratives ou juridictions administratives – qui sont très peu utilisés –, et celui de pleine juridiction – qui intéresse presque exclusivement le contentieux des élections communales –, le contentieux d'annulation représente l'activité la plus importante et variée du Conseil d'Etat belge. Du contentieux d'annulation dépendent deux autres contentieux, ceux de cassation administrative et de suspension (communément appelé *référé administratif*) au moment où ils tranchent des litiges auparavant assujettis au contentieux d'annulation.

Le contentieux de l'annulation est fondé sur l'article 14, paragraphe 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat (LCCE) qui énumère les actes susceptibles d'annulation et les causes de nullité. Sont ainsi susceptibles d'être annulés les actes et règlements émanant des autorités administratives, les actes à caractère administratif et relatifs aux marchés publics et aux membres du personnel émanant des assemblées législatives et de leurs organes⁵⁷, de la

⁵⁶ Il s'agit des juridictions administratives créées en vertu de l'article 145 de la Constitution. Rappelons qu'en droit belge à la différence du droit français, il n'existe pas de tribunaux administratifs ou de Cours administratives d'appel, dotées d'une compétence générale pour connaître des demandes formées contre les décisions administratives pour excès de pouvoir. Par ailleurs, en Belgique il n'y a pas de Tribunal des conflits et, par conséquent, c'est la Cour de cassation qui tranche les conflits d'attributions entre les Cours et tribunaux de l'ordre judiciaire et le Conseil d'Etat en vertu de l'article 158 de la Constitution.

⁵⁷ Le Conseil d'Etat n'a pas la compétence pour annuler des actes émanant des organes des Pouvoirs Judiciaire et Législatif. Une telle compétence aurait constitué, en tout cas, une atteinte au principe de séparation des pouvoirs. Cependant, en 1996, un recours devant la Cour d'arbitrage a révélé que les membres du personnel des assemblées ne disposaient d'aucun recours administratif, contrairement à tous les autres agents de l'Administration de l'Etat. Le législateur a ainsi prévu un recours administratif pour le personnel des organes du Pouvoir Législatif. La loi du 25/05/99 qui a modifié l'article 14 LCCE afin d'étendre la compétence du Conseil

Cour des comptes, de la Cour d'arbitrage, des organes du Pouvoir Judiciaire, les décisions contentieuses des juridictions administratives et les décisions implicites de rejet. Ces actes peuvent être annulés pour violation des formes substantielles et prescrites à peine de nullité, pour excès ou détournement de pouvoir.

Un paragraphe 3 a été inséré dans l'article 14 des LCCE afin d'aider le citoyen contre l'inertie administrative. En vertu des dispositions de cet article, si l'administration, une fois mise en demeure de statuer, ne statue pas dans les quatre mois, elle est réputée avoir rejeté la demande. Cela permettra à l'administré d'introduire un recours en annulation contre ce rejet. Cet article ne trouve à s'appliquer que lorsque la loi n'accorde pas d'effet particulier au silence de l'administration. En outre, il faut que l'autorité administrative soit tenue de statuer⁵⁸. Enfin, il faut respecter une certaine procédure qui comprend la mise en demeure de l'Administration et un délai de quatre mois.

ii) Les mesures provisoires

L'article 18 des LCCE prévoit la possibilité pour le Conseil d'Etat d'ordonner des mesures provisoires⁵⁹. Les injonctions adressées à l'administration peuvent être accessoires à une demande de suspension, si cette dernière a été déjà introduite et est jugée recevable. Le juge administratif belge opère une balance des intérêts. Il s'agit, en effet, de protéger les intérêts de ceux qui ont introduit la demande. Par ailleurs, les mesures provisoires peuvent avoir un impact sur l'étendue de la suspension de l'exécution de l'acte⁶⁰.

iii) La suspension

La possibilité de suspension de l'exécution d'un acte administratif est prévue à l'article 17 des LCCE. En vertu de cet article, est susceptible de suspension l'exécution d'un

d'Etat aux actes des organes des Pouvoirs Législatif et Juridictionnel, de la Cour des Comptes et de la Cour d'arbitrage, qui ne sont pas, en toute évidence, des autorités administratives. La compétence du CE se limite aux décisions relatives au personnel et aux marchés publics.

⁵⁸ A titre d'exemple, une autorité de tutelle n'est jamais tenue à statuer. L'article 14, § 3 ne s'applique pas lorsque l'autorité administrative avait le droit de ne pas statuer.

⁵⁹ Ces mesures ne peuvent pas concerner les droits civils de l'administré. Le Conseil d'Etat peut prendre des mesures provisoires en vertu de l'article 18 des LCCE pour enjoindre l'exécution d'une obligation née suite à la suspension d'un acte administratif. A titre d'exemple, il peut enjoindre à l'Administration d'accepter l'inscription d'un étudiant dans une année d'études si l'accès lui a été irrégulièrement refusé.

⁶⁰ Des mesures provisoires peuvent moduler les effets d'une suspension, si par exemple ils permettent l'exécution partielle de l'acte suspendu.

acte ou d'un règlement émanant d'une autorité administrative susceptible d'être annulé en vertu de l'article 14 paragraphe 1 des textes susvisés. L'introduction d'une demande de suspension nécessite l'introduction d'un recours en annulation⁶¹. Les deux demandes peuvent être intégrées dans un seul et même acte qualifié de « requête unique » ou bien séparément lorsqu'il s'agit d'une procédure d'extrême urgence. Le requérant doit invoquer dans sa requête les moyens sérieux susceptibles de justifier l'annulation de l'acte attaqué. En pratique, le contentieux de la suspension de l'exécution de l'acte administratif et le contentieux d'annulation de ce dernier ont donné lieu, en Belgique, à des aménagements procéduraux⁶².

La loi du 9 janvier 2014 portant réforme de la compétence, de la procédure et de l'organisation du Conseil d'État prévoit que le principe de la requête unique (suspension est annulation) est abandonné. La demande de suspension pourra désormais être introduite en tout temps, dès qu'une urgence concrète apparaît.

c) Contrôle de responsabilité de l'administration

Les règles du droit commun sont appliquées au contentieux de la responsabilité de l'administration dans l'exercice de sa fonction réglementaire (article 1382 du Code civil)⁶³. Tant l'action réglementaire positive que l'abstention de réglementer lorsque la loi le prévoit peuvent s'avérer fautives. La Cour de Cassation a jugé que *« sous réserve de l'existence d'une erreur invincible ou d'une autre cause d'exonération de responsabilité, l'autorité administrative commet une faute lorsqu'elle prend ou approuve un règlement qui méconnaît des dispositions constitutionnelles ou légales lui imposant de s'abstenir ou d'agir de manière*

⁶¹ La demande de suspension reste accessoire au recours en annulation. Si un recours en annulation n'est pas introduit dans le délai requis, la demande de suspension devient irrecevable. En outre, la demande en suspension ne peut pas être introduite après le recours en annulation.

⁶² V. notamment David Renders, « La réforme du Conseil d'Etat de Belgique », AJDA, 2008, p. 228 s. : « *L'une des principales mesures permet désormais à l'auditeur - l'équivalent du commissaire du gouvernement français - de dresser son rapport au vu du seul recours : c'est lorsque ce dernier est sans objet ou n'appelle que des « débats succincts ».* Ainsi la procédure peut-elle être accélérée de façon substantielle dans un nombre de dossiers que l'auditorat fixera à sa guise, dès lors que la notion de « débats succincts » est un concept caoutchouc. Une autre mesure qui favorise également l'accélération du traitement d'un dossier consiste à permettre à l'auditeur - dans les litiges qui ont donné lieu à une demande de suspension et à un recours en annulation - de se référer, dans le cadre du traitement du recours en annulation, au rapport dressé en suspension, s'il observe que les parties n'invoquent « aucun élément nouveau depuis l'arrêt » statuant sur la demande de suspension. D'autres mesures peuvent être mises en exergue, comme celle qui impose à l'auditorat de traiter les dossiers dans le respect de règles de priorité ou celle permettant au conseiller d'Etat, en charge du rapport d'audience, d'en simplifier les termes, pour, là encore, gagner du temps».

⁶³ Il faudra qualifier l'action ou l'abstention de fautive, ainsi que démontrer l'atteinte à un droit ou à un intérêt légitime et leur lien causal.

déterminée, de sorte qu'elle engage sa responsabilité civile si cette faute est cause d'un dommage »⁶⁴.

B. L'exercice du contrôle

1. Modalités d'exercice du contrôle juridictionnel

a) L'exigence d'un recours préalable

S'agissant du recours en annulation des actes et règlements des autorités administratives, fondé sur l'article 14, paragraphe 1 ou 3, des LCCE, en règle générale, aucune démarche préalable ne s'impose au requérant. Aucune autorisation ne doit préalablement être obtenue⁶⁵.

b) L'assistance d'un avocat

La loi n'exige pas l'intervention d'un avocat pour l'introduction d'un recours en référé administratif ou en annulation d'un acte ou d'un règlement d'une autorité administrative devant le Conseil d'Etat. Par ailleurs, si le requérant souhaite se faire assister par un avocat, sa requête est signée par un avocat inscrit au tableau de l'Ordre des avocats ou sur la liste des stagiaires ainsi que, selon les dispositions du Code judiciaire, par le ressortissants d'un Etat membre de l'UE habilité à exercer la profession d'avocat⁶⁶.

c) L'intérêt à agir

⁶⁴ Cass., 13 mai 1982, J.T., 1982, p. 772, concl. J. Velu.

⁶⁵ Colloque du 7 juin 2010, Association des Conseils d'Etat et des Juridictions administratives suprêmes de l'Union Européenne, « Prévenir des arrières dans la justice administrative », Paul Lewalle, p. 6. : « *S'agissant du recours en cassation administrative, fondé sur l'article 14, paragraphe 2, des LCCE, une procédure d'admission été prévue par l'article 20, paragraphe 1 à 5, des LCCE et organisée par les articles 7 à 11 de l'arrêté royal du 30 novembre 2006 déterminant la procédure en cassation devant le CE* ».

⁶⁶ Article 19, al. 3 des LCCE ; la loi du 15 septembre 2006 a inséré un alinéa 4 à l'article 19 des LCCE qui dispose qu' « *un recours en cassation ne peut être introduit sans l'assistance d'une personne visée à l'alinéa 3, qui doit signer la requête* » ; v. également, Paul Lewalle, Colloque du 7 juin 2010, « Prévenir des arrières... », op. cit., p. 3.

Le recours pour excès de pouvoir est focalisé sur le rétablissement de la légalité. En vertu des dispositions de l'article 19, alinéa 1^{er} des LCCE « *les demandes, difficultés, recours en annulation et recours en cassation visés aux articles 11, 12, 13, 14 et 16, peuvent être portés devant la section du contentieux administratif par toute partie justifiant d'une lésion ou d'un intérêt et sont soumis par écrit à la section dans les formes et délais déterminés par le Roi* ». L'intérêt doit être réel et exister jusqu'au prononcé de l'annulation, ainsi que personnel, direct, certain, actuel et légitime. Le Conseil d'Etat interprète cet intérêt de manière large, notamment dans le cas de recours contre les règlements. Il est ainsi suffisant pour le requérant de prouver que sa situation peut être affectée par ce règlement⁶⁷. La jurisprudence admet, dans certaines conditions, l'intérêt collectif des associations personnalisées. Ces dernières peuvent contester la légalité des actes réglementaires si leur contenu se rapporte à l'objet social qu'elles poursuivent⁶⁸.

d) Le délai du recours

Les actes de portée réglementaire doivent en principe être publiés. La manière dont cette publication doit être opérée est généralement précisée par les textes. Lorsqu'ils prévoient une formalité particulière de publication, son accomplissement est déterminant pour le point de départ du délai. Les recours en annulation « *sont prescrits soixante jours après que les actes, règlements ou décisions incriminés ont été publiés ou notifiés. S'ils ne doivent être ni publiés ni notifiés, le délai court à dater du jour où le requérant en aura connaissance* »⁶⁹.

⁶⁷ A titre d'exemple, dans l'arrêt du 19 octobre 2001, Lannoye, 99961, le Conseil d'Etat déclare alors le recours recevable en considérant que : « *selon le Rapport au Roi relatif à l'arrêté attaqué, "partout dans le monde, la population est préoccupée par le fait qu'une exposition à des champs électromagnétiques (EMF) provenant de sources telles que les lignes à haute tension, les installations radars, les téléphones portables et les antennes relais de téléphonie mobiles puissent porter atteinte à la santé"; que, compte tenu de cet énoncé et s'agissant particulièrement d'une réglementation destinée à protéger la santé publique et l'environnement contre les effets nocifs et les nuisances, connues et inconnues, provoquées par les radiations non ionisantes, les infrasons et les ultrasons, de nature à être provoquées par les antennes GSM, il faut admettre que les requérants ont un intérêt suffisant à en contester la légalité* ».

⁶⁸ A titre d'exemple : C.E., 11 septembre 2000, *Delstanche et a.*, 89585 ; C.E. 17 décembre 2009, *A.S.B.L. Grez Doiceau Urbanisme et Environnement*, n° 199.055 : l'intérêt de l'association sans but lucratif « L'ESPOIR à Wavre-nord » à attaquer l'arrêté portant modification du plan de secteur de Wavre est admis; v. également C.E., 10 décembre 2008, *L'A.S.B.L. Ligue des Droits de l'Homme et L'A.S.B.L. Mouvement Contre l'Antisémitisme et la Xénophobie*, n° 188.705. : les associations sans but lucratif « Ligue des droits de l'Homme », « Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie » sont recevables à critiquer l'arrêté royal du 2 août 2002 fixant le régime et les règles de fonctionnement applicables aux lieux situés sur le territoire belge, gérés par l'office des étrangers, où un étranger est détenu, mis à la disposition du gouvernement ou maintenu, en application des dispositions citées dans l'article 74/8, § 1er, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers.

⁶⁹ Art. 4, al. 3, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat, modifié par l'arrêté royal du 25 avril 2007 : « *Les recours visés à l'article 14, §§*

2. *Etendue du contrôle*

Le contrôle de légalité exercé par le Conseil d'Etat sur les actes administratifs individuels et les règlements porte tant sur la légalité externe⁷⁰ que sur la légalité interne⁷¹. Le contrôle de légalité que les juges judiciaires exercent sur les arrêtés et règlements administratifs en vertu de l'article 159 de la Constitution par voie incidente porte également sur la légalité interne comme sur la légalité externe. Le juge belge n'accepte pas de sanctionner l'opportunité de l'acte administratif lors de l'examen d'un recours pour excès de pouvoir.

C. La portée de l'annulation de l'acte réglementaire

1. *Les effets de la décision d'annulation*

a) L'autorité de la décision

Les arrêts d'annulation des actes et règlements prononcés par le Conseil d'Etat ont, selon une jurisprudence constante, une autorité absolue de chose jugée (effet *erga omnes*). En revanche, si le Conseil d'Etat rejette un recours en annulation dirigé contre un acte réglementaire, le requérant aura la possibilité de contester la légalité de l'acte à titre incident s'il décide d'attaquer un acte individuel édicté sur la base de l'acte réglementaire⁷². La seule condition pour profiter de cette faculté est d'invoquer des moyens nouveaux⁷³.

1er et 3 des lois coordonnées sont prescrits soixante jours après que les actes, règlements ou décisions incriminés ont été publiés ou notifiés. S'ils ne doivent être ni publiés ni notifiés, le délai court à dater du jour où le requérant en aura eu connaissance ».

⁷⁰ Compétence, procédure d'élaboration et formes.

⁷¹ Objet, motifs de droit et de fait et but.

⁷² La constatation de manière incidente de l'illégalité d'un règlement a ainsi un effet relatif. Si le règlement en question est susceptible de s'appliquer dans d'autres cas, la déclaration d'illégalité dans le jugement ne s'impose pas au delà de l'affaire jugée. En ce sens, Cass., 29 juin 1999, Juridat. : « *Le fait de ne pas rendre obligatoire une décision de l'autorité en application de l'article 159 de la Constitution a pour seule conséquence de ne faire naître ni droit ni obligation pour les intéressés. La décision illégale continue d'exister tant qu'elle n'est pas annulée ensuite d'un recours en annulation* ».

⁷³ Concernant la procédure, l'autorité de chose jugée de l'arrêt de rejet fait obstacle à ce que le requérant réédite son moyen rejeté sous la forme d'une exception mais il n'est pas interdit d'invoquer d'autres irrégularités dont le

b) Les effets de l'annulation d'un règlement sur les actes dérivés

Un acte réglementaire sert souvent de fondement à des actes administratifs ou matériels de toute sorte. Le principe commande que seuls disparaissent les actes qui sont annulés dans le dispositif de l'arrêt d'annulation. L'annulation du règlement ne fait donc pas nécessairement disparaître les actes qui trouvent fondement sur le règlement annulé. Certains actes dérivés peuvent continuer à exister et leur illégalité sera sanctionnée seulement en cas de recours dirigés contre eux-ci⁷⁴. Si l'annulation est imposée, elle est rétroactive⁷⁵.

2. La modulation des effets dans le temps

Depuis le 1^{er} octobre 1996, le Conseil d'État belge dispose du pouvoir de moduler dans le temps l'autorité de ses arrêts d'annulation en « *indiquant, par voie de disposition générale, ceux des effets des dispositions d'actes réglementaires annulées qui doivent être considérés comme définitifs ou maintenus provisoirement pour le délai qu'elle détermine* »⁷⁶. Si la loi ne visait que les actes réglementaires, le Conseil d'État peut exercer cette compétence d'office. La question du maintien des effets par rapport à l'accueil du moyen incident pris de l'illégalité du règlement a été posée. La Cour constitutionnelle belge y a récemment apporté une réponse de principe⁷⁷.

règlement serait entaché. Dans ce contexte, l'autorité de chose jugée s'attache au dispositif de l'arrêt dans la mesure où il repose sur des motifs qui en sont le soutien nécessaire.

⁷⁴ C.E., 16 mars 2010, Huys et Kupka, n° 201.930.

⁷⁵ C.E., 12 octobre 2007, Clobus, n° 175.725 : « *Un arrêt d'annulation a, par lui-même et sans que le constat doive en être plus amplement fait, pour effet de rétablir la situation existant à la veille de l'acte annulé* ».

⁷⁶ Article 14ter des LCCE.

⁷⁷ Cette question a été tranchée par la Cour constitutionnelle dans un arrêt n°18/2012 du 9 février 2012. Elle a considéré, tout d'abord, que « *L'article 160 de la Constitution consacre l'existence du Conseil d'Etat. Il attribue au législateur le pouvoir de déterminer ses compétences et son mode de fonctionnement. Dans la mesure où le Constituant a entendu, de la sorte, consacrer le contrôle objectif de la légalité des actes administratifs, le contrôle juridictionnel de légalité, prévu à l'article 159 de la Constitution, doit raisonnablement tenir compte de l'effet utile des arrêts d'annulation du Conseil d'Etat et des modalités dont ils peuvent être assortis* ». Ensuite, elle indique que l'article 159 de la Constitution doit être interprété en tenant compte du principe de sécurité juridique et que « *si l'article 159 de la Constitution ne prévoit, explicitement, aucune restriction au mode de contrôle de légalité qu'il consacre, une telle restriction se justifie néanmoins si elle est nécessaire pour assurer le respect d'autres dispositions constitutionnelles ou de droits fondamentaux. Tenu de garantir notamment le principe de sécurité juridique, le législateur se doit de régler le mode de contrôle de l'action administrative, ce qui peut exiger des restrictions au contrôle juridictionnel incident de la légalité des actes réglementaires, pour autant que ces restrictions soient proportionnées au but légitime poursuivi* ».

Une importante loi portant réforme du Conseil d'État a été votée le 18 janvier 2014, dont l'une des dispositions - l'article 3 - modifie l'article 14 *ter* des LCCE. Plus précisément, le Conseil d'État peut désormais moduler les effets des actes individuels dans le temps, lorsque les circonstances exceptionnelles le justifient. Il précise néanmoins que le juge ne peut pas exercer cette compétence d'office, tant pour les actes individuels que pour les actes réglementaires, mais qu'« à la demande d'une partie adverse ou intervenante ». Selon certains auteurs, la modification en vue « a plutôt pour effet de restreindre les possibilités d'utilisation de cette prérogative par le juge administratif »⁷⁸.

Bibliographie indicative

Marie-José Chidiac, « Les Médiateurs, l'action administrative et l'éthique des services publics », Syllabus, 1999-2000.

David Renders, « La réforme du Conseil d'État de Belgique », AJDA, 2008, p. 228.

Colloque du 7 juin 2010, Association des Conseils d'État et des Juridictions Administratives Suprêmes de l'Union Européenne, « Prévenir des arrières dans la justice administrative », Paul Lewalle, Belgique.

Paul Lewalle et Luc Donnay, *Contentieux administratif*, éd. Larcier, 2008.

Pierre Nihoul, « La modulation dans le temps des effets d'un arrêt d'annulation du Conseil d'État belge », RFDA, 2013, p. 1301.

« Médiation. La communication au cœur de la médiation », Actes du colloque organisé à l'occasion du quinzième anniversaire de l'Institution du Médiateur de la Région Wallonne, Les éditions namuroises, Belgique, 2012.

⁷⁸ V. Pierre Nihoul, « La modulation dans le temps des effets d'un arrêt d'annulation du Conseil d'État belge », RFDA, 2013, p. 1301 s. : « Elle (la réforme) énonce désormais les critères d'octroi de cette mesure, ce qui a été fortement critiqué par le Conseil d'État, section de législation, dans son avis sur l'avant-projet de loi. Elle ne peut en outre être prononcée qu'à la demande d'une partie adverse ou intervenante et non plus d'office par le Conseil d'État. Il faut également un débat contradictoire et l'arrêt doit être motivé spécialement sur ce point. Gageons, sans trop nous tromper, que ce nouvel article 14 *ter*, s'il est adopté, fera sans doute un détour par la Place Royale (siège de la Cour constitutionnelle) avant ou lors de son utilisation rue de la Science (siège du Conseil d'État) ».

ESPAGNE

Antoine Claeys

Maître de conférences en droit public à l'Université de Poitiers

Institut de droit public (EA 2623)

Abréviations

CE : Constitution espagnole

LBRL : Ley 7/1985, de 2 de abril 1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local

LGO : Ley 50/1997, de 23 de noviembre de 1997, de Gobierno

LJ : Ley 29/1998, de 13 de julio de 1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativo

LOFAGE : Ley 6/1997, de 14 de abril de 1997, de Organización y Funcionamiento de la Administración general del Estado

LOPJ : Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

LPC : Ley 30/1992, de 26 de noviembre de 1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo común

TC : Tribunal Constitucional

TS : Tribunal Supremo

I- L'identification des actes réglementaires

A) La définition des actes réglementaires

1°) La définition positive

Le règlement renvoie en droit espagnol à une norme juridique à caractère général, abstrait et impersonnel édictée par l'Administration. Dans la pratique, le terme de « disposition générale » est d'ailleurs souvent préféré à celui de « règlement ».

Le pouvoir réglementaire se définit comme la « puissance réglementaire » de l'Administration (*potestad reglamentaria*). Selon la jurisprudence du Tribunal Suprême, « la puissance réglementaire constitue le pouvoir juridique qui participe à l'élaboration de l'ordonnancement juridique de telle sorte que la norme réglementaire y soit intégrée. La puissance réglementaire n'est pas inconditionnée et est soumise à la Constitution et au bloc de légalité » (TS, 1^{er} décembre 1991).

Le critère formel de définition – le règlement est subordonné à la Constitution et au bloc de légalité en général – revêt ainsi une importance particulière en Espagne.

2°) La définition négative

a) Actes réglementaires et lois

Il n'existe pas en Espagne de mécanisme de répartition des compétences similaire à celui que nous connaissons en France avec les articles 34 et 37 de la Constitution. La loi peut intervenir dans tous les domaines. Aucune matière n'est réservée au règlement. La catégorie des règlements *autonomes* est donc inconnue en droit espagnol. Le règlement est, par nature, une norme secondaire et subordonnée à la loi.

Comment s'organise alors concrètement la répartition des compétences législative et réglementaire ?

Le législateur n'est pas absolument maître de sa compétence. La loi dispose, en effet, d'un « domaine réservé » (*la reserva de ley*). La CE impose que certaines matières soient régies par la loi. Une clause générale de réserve est établie à l'article 53.1CE, lequel dispose que seule la loi pourra réguler l'exercice des droits et libertés fondamentaux. S'ajoutent de nombreuses dispositions constitutionnelles spécifiques qui prévoient l'intervention obligatoire du législateur. Le « domaine réservé » de la loi couvre donc un spectre très large. La

jurisprudence et la doctrine distinguent toutefois les réserves « absolues » et les réserves « relatives ». Dans le cadre des premières, l'intervention du législateur doit être exhaustive, ce qui est généralement le cas pour les droits et libertés fondamentaux. S'agissant des secondes, la loi doit seulement fixer des règles générales. Dans les deux cas, l'intervention du pouvoir réglementaire est possible mais seulement pour compléter la loi. L'habilitation législative (*remisión legislativa*) est toutefois nécessaire et conditionnée. Nécessaire car l'édiction d'un règlement d'exécution de la loi (*reglamento ejecutivo*) doit être expressément autorisée par le législateur. Conditionnée dans la mesure où le législateur ne dispose pas librement de sa compétence et il n'est pas habilité à la déléguer intégralement au pouvoir réglementaire. Dans les domaines couverts par la « reserva de ley », il ne saurait en conséquence y avoir de place pour des règlements indépendants (*reglamentos independientes*). Le TC a ainsi affirmé, dans une décision importante, que « *le principe de reserva de ley, s'il n'exclut pas la possibilité que des lois contiennent des renvois à des normes réglementaires, interdit en revanche que ces renvois rendent possible une régulation indépendante et non subordonnée à la loi* » (TC, 83/1984, 24 juillet 1984).

En dehors du « domaine réservé » à la loi, existe-t-il une place pour un pouvoir réglementaire indépendant (au sens de *praeter legem*) ? La question de l'existence et de l'étendue d'un tel pouvoir est débattue en doctrine. En distinguant le pouvoir d'exécution des lois et le pouvoir réglementaire, l'article 97 CE semble accorder une place à des réglementations indépendantes lorsque la loi n'est pas intervenue dans un domaine non réservé. Les juridictions suprêmes (TS et TC) l'admettent effectivement à la condition que le règlement ne crée pas de droits ou n'impose pas d'obligations aux citoyens. En somme, seuls les règlements d'administration interne (*reglamentos autoorganizativos*) ou ceux qui concernent des personnes placées en situation de sujétion spéciale (*relaciones de sujeción especial*) (militaires, détenus) sont autorisés. Cependant, rien n'interdit au législateur d'investir ces secteurs, ce qu'il ne manque pas de faire (cf Ley 6/1997, de 14 de abril, *Organización y funcionamiento de la Administración general del Estado*). La marge de manœuvre du pouvoir réglementaire, si elle existe, reste particulièrement limitée. Elle l'est encore plus si le législateur s'est « auto réservé » un domaine en y intervenant préalablement. Cette initiative législative a pour effet de cristalliser la matière et de la soustraire du champ d'action du pouvoir réglementaire indépendant. Se crée alors une réserve de loi au sens formel en vertu du « principe de congélation » mis en évidence par le professeur García de Enterría (*principio de la congelación del rango*). Ce qu'une loi a fait, seule une loi peut le défaire. Le pouvoir réglementaire indépendant pourra recouvrer sa compétence uniquement si le législateur décide de délégaliser la matière (ce qui est constitutionnellement possible en dehors du domaine réservé). En dehors de cette hypothèse, le pouvoir réglementaire n'a d'autre choix que d'exécuter la loi, ce qui signifie que seuls les règlements d'exécution sont permis.

b) Actes réglementaires et actes administratifs

Il existe entre les actes réglementaires et les actes administratifs une différence de nature mise en relief par le professeur García de Enterría. Selon ce dernier, alors que le règlement « fait partie de l'ordonnancement juridique », l'acte administratif est quant à lui « ordonné », c'est-à-dire prévu par ce même ordonnancement pour en assurer l'application. La distinction acte réglementaire-acte administratif correspondrait ainsi partiellement à la distinction entre l'acte général et l'acte particulier (en partie seulement car il existe des actes administratifs dont les destinataires ne sont pas précisément identifiés mais dont les effets s'épuisent avec leur exécution).

Parce qu'ils font partie de l'ordonnancement juridique, les règlements s'imposent aussi bien aux citoyens qu'aux pouvoirs publics (article. 9.1 CE). Un acte administratif ne pourra donc jamais déroger à une norme établie dans un règlement (*principio de inderogabilidad singular de los reglamentos*). L'article 52.2 LPC dispose ainsi que « les résolutions administratives particulières ne pourront pas porter atteinte à ce qui a été établi dans une disposition de caractère général, quand bien même celles-là auraient un rang supérieur ou égal à celle-ci ». Le principe de supériorité des règlements s'impose, en conséquence, aussi bien à l'auteur de la norme réglementaire qu'à des autorités hiérarchiquement supérieures. Ainsi, par exemple, le Conseil des ministres ne peut prétendre déroger, dans un cas particulier, à un ordre ministériel de caractère réglementaire. En revanche, rien n'interdit bien sûr à l'autorité réglementaire de prévoir des exceptions à la norme qu'il établit.

La distinction entre les règlements et les actes administratifs n'est pas seulement d'ordre conceptuel. Le régime juridique applicable diffère selon la nature de l'acte, réglementaire ou administrative (procédure d'élaboration, publicité, recours administratifs et juridictionnels etc.).

B) La classification des actes réglementaires

1°) La classification organique

a) Les actes réglementaires à portée nationale

La Constitution espagnole n'attribue explicitement le pouvoir réglementaire qu'au seul Gouvernement. Son article 97 reconnaît, en effet, que « le Gouvernement exerce (...) le pouvoir réglementaire conformément à la Constitution et à la loi ». Il s'agit du seul pouvoir réglementaire qui découle directement de la Constitution.

Au niveau national, le pouvoir réglementaire du Gouvernement n'est cependant pas un pouvoir exclusif même s'il est le seul à bénéficier de l'onction constitutionnelle. Deux autres

autorités nationales se voient reconnaître, par la loi, un tel pouvoir dont la portée reste essentiellement « domestique ».

Il s'agit, en premier lieu, du Président du Gouvernement dont le pouvoir réglementaire s'exprime au travers de l'instrument juridique dénommé *Real decreto*. L'article 2-2-j) LGO lui donne ainsi compétence pour déterminer la structure et la composition du Gouvernement.

Sont également concernés les ministres lorsqu'ils édictent des *Órdenes ministeriales*. Selon l'article 4-1-b) LGO, il appartient aux ministres d'« exercer le pouvoir réglementaire dans les matières relevant de son département ». La jurisprudence a interprété restrictivement cette compétence en la cantonnant à l'organisation interne du ministère. En revanche, les ministres ne disposent d'aucun pouvoir réglementaire « externe » qui leur permettrait d'imposer des normes aux administrés et citoyens (sauf s'il s'agit d'assurer l'exécution, dans un cas précis, d'une loi). Quant aux circulaires et instructions édictées par les directeurs d'administration centrale, elles ne sont pas l'expression d'un pouvoir réglementaire. Il s'agit d'ordres hiérarchiques internes édictés à l'attention des agents.

b) Les actes réglementaires à portée locale ou sectorielle

Le pouvoir réglementaire des Communautés autonomes fait l'objet d'une reconnaissance indirecte par la Constitution espagnole. Son article 153-c) prévoit, en effet, que « le contrôle de l'activité des organes des communautés autonomes est exercé par la juridiction administrative contentieuse pour ce qui concerne l'administration autonome et ses *normes règlementaires* ». D'un point de vue matériel, et sans prétendre aborder ici la délicate et complexe question de la répartition des compétences entre l'Etat et les Communautés autonomes, les règlements adoptés par ces dernières peuvent intervenir dans trois situations distinctes : 1°) En application d'une loi votée par la Communauté dans un domaine relevant de sa compétence exclusive 2°) En application d'une loi votée par la Communauté pour l'exécution d'une norme étatique de base 3°) En application directe d'une norme étatique de référence. D'un point de vue formel, les organes titulaires du pouvoir réglementaire sont déterminés par le statut ou une loi de la Communauté autonome. Il s'agira le plus souvent du Conseil de gouvernement, du Président de la Communauté et des conseillers.

Les municipalités, les provinces et les îles disposent également d'un pouvoir réglementaire en vertu, non pas de la Constitution, mais d'une disposition législative. L'article 4-1-a) LBRL dispose, en effet, qu'« en leur qualité d'administrations publiques territoriales, et dans le cadre de leurs compétences, appartiennent dans tous les cas aux municipalités, provinces et îles les pouvoirs réglementaire et d'auto-organisation ». La LBRL détermine, ensuite, les autorités détentrices de ces pouvoirs au sein de chaque entité territoriale. Il s'agira des conseils municipaux pour les municipalités (art. 22-2-d LBRL :

Pleno municipal en los Ayuntamientos) et des assemblées provinciales pour les provinces (art. 33-2-b : *Pleno de la Diputación*).

Des organismes publics autres que territoriaux se voient également reconnaître un pouvoir réglementaire. C'est notamment le cas de certaines « administrations indépendantes » : la Commission nationale du marché de valeurs (art. 15 Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores⁷⁹), l'Institut de comptabilité et d'audit des comptes (art. 5-2 Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas), la Commission nationale des marchés et de la concurrence, laquelle s'est récemment substituée à d'autres autres autorités de régulation en matière postale, de télécommunications, d'énergie et de transports (art. 5 Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia). La Banque d'Espagne, personne publique jouissant de la personnalité morale, édicte des « circulaires monétaires » ou de simples « circulaires » dont le contenu peut être réglementaire (art. 3 Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España). Au nom des exigences d'indépendance, des organes constitutionnels comme le Tribunal Constitutionnel (art. 2-2 Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional⁸⁰) ou le Conseil Général du Pouvoir Judiciaire (art. 560-1-16 LOPJ⁸¹) sont titulaires d'un pouvoir réglementaire pour tout ce qui concerne leur organisation et leur fonctionnement internes⁸². C'est également le cas, pour des motifs analogues, pour les Universités (art. 2-2-a Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades⁸³).

2°) La classification matérielle

Sur la distinction entre les règlements d'exécution des lois et les règlements indépendants, v., *supra*, I., A), 2°), a).

Le droit espagnol consacre l'existence d'une troisième catégorie de règlements, les « règlements de nécessité » ou « règlements *contra legem* ». En cas de circonstances exceptionnelles (notamment les états d'alerte, d'urgence et de siège visées à l'article 116 CE),

⁷⁹ «La Comisión Nacional del Mercado de Valores, para el adecuado ejercicio de las competencias que le atribuye la presente Ley, podrá dictar las disposiciones que exija el desarrollo y ejecución de las normas contenidas en los Reales Decretos aprobados por el Gobierno o en las Ordenes del Ministerio de Economía y Hacienda, siempre que éstas disposiciones le habiliten de modo expreso para ello».

⁸⁰ «El Tribunal Constitucional podrá dictar reglamentos sobre su propio funcionamiento y organización, así como sobre el régimen de su personal y servicios, dentro del ámbito de la presente Ley».

⁸¹ «1. El Consejo General del Poder Judicial tiene las siguientes atribuciones : (...)16.ª Ejercer la potestad reglamentaria, en el marco estricto de desarrollo de las previsiones de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en las siguientes materias : a) (...) m)».

⁸² L'article 560-1-16 LOPJ précité précise, par exemple, qu'« en aucun cas, les dispositions réglementaires du Conseil général du pouvoir judiciaire ne pourront affecter ou réglementer directement ou indirectement les droits et devoirs des personnes qui lui sont étrangères ».

⁸³ «En los términos de la presente Ley, la autonomía de las Universidades comprende: a) La elaboración de sus Estatutos y, en el caso de las Universidades privadas, de sus propias normas de organización y funcionamiento, así como de las demás normas de régimen interno».

des autorités administratives, y compris locales⁸⁴, sont autorisées à prendre toutes mesures nécessaires, y compris réglementaires, quand bien même celles-là seraient contraires aux lois. Il ne s'agit toutefois que d'un pouvoir réglementaire temporaire.

II- Le contrôle juridictionnel des actes réglementaires

Il n'existe pas de contentieux non juridictionnel des règlements. Un administré ne peut pas, par le biais d'un recours administratif gracieux ou hiérarchique, contester un règlement. La *vía gubernativa* est inopérante dans ce cas précis.

Cela ne signifie cependant pas que la voie juridictionnelle est la seule utilisable pour dénoncer un règlement illégal. Les autorités administratives disposent d'une compétence en la matière, mais en dehors de tout contentieux.

D'une part, l'ensemble des autorités chargées de l'application des règlements, qu'elles soient administratives ou judiciaires, sont tenues de procéder à un examen *ex ante* de leur validité. Le droit positif espagnol consacre donc bien l'obligation de ne pas appliquer un règlement illégal.

D'autre part, « les administrations publiques devront, à n'importe quel moment, de leur propre initiative ou à la demande d'un administré, après avis conforme du Conseil d'Etat, déclarer d'office la nullité des actes visés à l'article 62-1 » (art. 102-1 LPC). Or, cet article 62-1 LPC fait référence aux hypothèses de nullité de plein droit des actes administratifs, ce qui est en principe la règle pour les règlements (v., *infra*).

A) Les recours devant les juridictions ordinaires

Article 106 CE : « 1. Les tribunaux contrôlent le pouvoir réglementaire et la légalité de l'action de l'administration ».

1°) Le recours direct en annulation

a) Les juridictions compétentes

Selon l'art. 1-1 LJ, les juges et tribunaux relevant de l'ordre juridictionnel administratif sont compétents pour statuer sur les recours dirigés contre « les dispositions

⁸⁴ Art. 21-1-m), Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. : “1. El Alcalde es el Presidente de la Corporación y ostenta las siguientes atribuciones : m) Adoptar personalmente, y bajo su responsabilidad, en caso de catástrofe o de infortunios públicos o grave riesgo de los mismos, las medidas necesarias y adecuadas dando cuenta inmediata al Pleno.”

générales de rang inférieur à la loi » édictées par les Administrations publiques. Le contentieux de l'activité réglementaire fait donc bien partie de leurs attributions.

La compétence en matière de contrôle du pouvoir réglementaire est une compétence partagée entre quatre des cinq organes composant l'ordre juridictionnel du contentieux administratif (*orden contencioso-administrativo*).

Les juges provinciaux du contentieux administratif, compétents à l'égard de l'activité des entités locales, des communautés autonomes et des représentations locales de l'Etat, ne peuvent pas examiner la légalité des actes réglementaires émanant de ces administrations.

Les Juges centraux du contentieux administratif connaissent des recours dirigés contre « les dispositions générales émanant des organismes publics dotés de la personnalité juridique et des entités appartenant au secteur public étatique et ayant compétence sur l'ensemble du territoire national » (Art. 9-c) LJ). Leurs décisions peuvent faire l'objet d'un appel devant la Salle du contentieux administratif de l'Audience Nationale.

Les Salles du contentieux administratif des Tribunaux supérieurs de justice connaîtront, en premier et dernier ressort, du contentieux des « dispositions générales émanant des Communautés autonomes et des entités locales » (Art-10-b) LJ).

La Salle du contentieux administratif de l'Audience nationale statue, en premier et dernier ressort, sur les recours formés contre les « dispositions générales des ministres et des secrétaires d'Etat » (Art 11-1-a) LJ).

Quant à la Salle du contentieux administratif du Tribunal suprême, c'est elle qui examine la légalité des *decretos reales*, c'est-à-dire des « dispositions du Conseil des ministres et des commissions déléguées du Gouvernement » (Art 12-1 LJ).

b) Les actes réglementaires attaquables (question des actes de gouvernement)

Selon l'art 25-1 LJ, « le recours contentieux administratif est admissible en relation avec les dispositions de caractère général ».

La question de l'injusticiabilité de certains règlements s'est posée en conséquence de l'importation, en droit espagnol, de la théorie française des actes de gouvernement ou « actes politiques ». Déjà, la Loi de la juridiction contentieuse administrative de 1888 établissait que certaines « résolutions administratives », qui traduisaient l'exercice d'un « pouvoir discrétionnaire », ne pouvaient faire l'objet d'aucun contrôle juridictionnel. Or, les « actes politiques », en raison de leur nature ou de la matière dans laquelle ils intervenaient, étaient rangés dans cette catégorie. Plus tard, la Loi de la juridiction contentieuse administrative de

1956 reprit à son compte la notion d'« actes politiques du Gouvernement » qu'elle définissait comme les actes affectant « la défense du territoire national, les relations internationales, la sécurité intérieure de l'Etat, la hiérarchie et l'organisation militaires ». La Constitution de 1978 ayant consacré « le droit [de toute personne] d'obtenir la protection effective des juges et des tribunaux dans l'exercice de ses droits et intérêts légitimes » (art. 26), de même que le principe du contrôle du pouvoir réglementaire par les tribunaux (art. 106), le Tribunal suprême a réduit le périmètre des actes politiques d'un point de vue tant organique – seuls les actes du Conseil des ministres sont concernés – que matériel – sont qualifiables d'actes politiques les actes réellement rattachables à la fonction gouvernementale. La loi de la juridiction contentieuse administrative de 1998, actuellement en vigueur (LJ), a franchi une nouvelle étape dans le sens d'une remise en cause de la notion d'acte politique. De façon symbolique, l'expression d'« acte politique » n'est plus employée. Bien plus, l'art. 2-a) LJ prévoit que l'« ordre juridictionnel contentieux administratif connaîtra des questions en relation avec la protection juridictionnelle des droits fondamentaux, les éléments réglés, tout cela en rapport avec les actes du gouvernement, *quelle que soit la nature de ces actes* ». L'exposé des motifs de la loi est tout aussi explicite en affirmant que « le principe de la soumission totale des pouvoirs publics à l'ordonnancement juridique (...) est incompatible avec la reconnaissance de n'importe quelle catégorie d'actes d'autorité – actes politiques, de gouvernement ou de direction politique – exclus *per se* du contrôle juridictionnel ».

Faut-il alors considérer que la catégorie des actes politiques a disparu en droit espagnol ? Rien n'est moins sûr. L'existence d'un noyau dur d'actes politiques n'est pas contredite par la loi de 1998 ni par aucune autre. Simplement, ne pourront recevoir cette qualification que les actes qui n'affectent pas les droits fondamentaux et ceux dont les éléments ne sont en aucune façon réglés par l'ordre juridique. De ce dernier point de vue, le droit espagnol définit l'acte de gouvernement de façon beaucoup plus restrictive que le droit français. La liste ne devrait plus comporter que des actes institutionnels de nature discrétionnaire émanant de l'exécutif (décret de dissolution des Cortes Generales ; décret fixant provisoirement le siège des institutions d'une communauté autonome etc.).

c) Les conditions de recevabilité du recours

c-1. Les conditions temporelles de recevabilité

Le délai pour intenter un recours direct en annulation contre un acte réglementaire est de deux mois à compter de sa publication (art. 46 LJ). Passé ce délai, le recours sera irrecevable.

La doctrine s'est interrogée sur l'opposabilité de ce délai de deux mois dans le cas particulier des recours dirigés contre les actes réglementaires dans la mesure où leur nullité est déclarée de plein droit (voir, *infra*, e). Le Tribunal suprême a, sans ambiguïté, confirmé que les recours contre les actes réglementaires devaient respecter la règle énoncée à l'article 46 LJ (TS, 11 novembre 1996).

c-2. Les conditions personnelles de recevabilité

Le requérant, dans le cadre du recours direct en annulation, doit justifier d'un intérêt à agir (*legitimación*). Selon l'article 19-1 LJ, ont un intérêt à agir devant la juridiction administrative, « les personnes physiques ou juridiques qui détiennent un droit ou un intérêt légitime ». Dans le cadre du contentieux objectif de légalité, le requérant doit donc se prévaloir d'un « intérêt légitime » à l'appui de ses conclusions à fins d'annulation.

Cette exigence s'applique également dans le contentieux des actes à portée réglementaire. Le droit espagnol ne reconnaît pas l'action populaire dans ce cas. Le requérant n'est donc pas un ministère public agissant dans l'intérêt de la seule légalité. Le procès fait à l'acte n'est pas désincarné. Le requérant doit faire état d'un intérêt froissé par l'acte qu'il attaque. Il va de soi que cet intérêt s'entend très largement, notamment lorsque c'est un acte réglementaire qui est attaqué. En ce sens, la jurisprudence admet qu'un intérêt indirect puisse être qualifié de légitime.

d) *L'examen du recours (la nature du contrôle)*

L'article 63.1 LPC (v. également article 70.2 LJ) reconnaît que « sont annulables les actes de l'Administration constitutifs d'une violation de l'ordonnancement juridique, y compris le détournement de pouvoir ».

d-1. Contrôle des vices de forme et de procédure

En droit administratif espagnol, les règles de forme et de procédure ne sont pas en principe imposées à peine de nullité de l'acte.

Il en va toutefois différemment lorsque le respect de la formalité était nécessaire, soit pour que l'acte atteigne son but, soit pour que les droits des administrés soient respectés (art. 63.2 LPC).

Par ailleurs, l'omission totale et absolue d'une procédure légalement établie est une cause de nullité absolue (art. 62.1.e LPC). Selon la jurisprudence, il s'agit de l'omission des procédures *essentielles* menant à l'édition de l'acte. Le fait, pour l'Administration, d'avoir

mis en œuvre des procédures d'importance secondaire ou différentes de celles prévues par la législation applicable ne suffira pas à couvrir l'illégalité.

d-2. Contrôle de la compétence de l'auteur de l'acte

L'incompétence *ratione loci* et *ratione materiae* est une cause de nullité de plein droit (art. 62 LPC).

d-3. Contrôle de la « hiérarchie normative » (*jerarquía normativa*).

L'article 9.3 CE dispose que « la Constitution garantit le principe de légalité, la hiérarchie des normes (...) ». L'article 97 CE énonce quant à lui que le Gouvernement « exerce (...) le pouvoir réglementaire conformément à la Constitution et à la loi ». Ces affirmations sont complétées par celle de l'article 23.1 LGO, lequel prévoit que « l'exercice du pouvoir réglementaire appartient au Gouvernement conformément à la Constitution et aux lois ».

L'ensemble des lois est concerné : lois organiques, lois ordinaires et lois adoptées par les Communautés autonomes.

Le principe de la « hiérarchie normative » s'applique entre les règlements eux-mêmes. Aucun règlement ne pourra méconnaître les dispositions d'un autre règlement, hiérarchiquement supérieur (article 23.3 LGO). En Espagne, ce sont les *reales decretos* édictés par le Conseil des ministres et par le Président du Gouvernement qui se situent au sommet de la hiérarchie des normes réglementaires. Ainsi, par exemple, les *ordenes ministeriales* doivent s'y conformer.

d-4. Contrôle du respect des principes généraux du droit.

Les PGD expriment les valeurs essentielles et basiques de l'ordre juridique. Ils s'imposent donc au pouvoir réglementaire. TS, Sala 3^a, 30 de abril de 1988 : « L'action du pouvoir réglementaire est rigoureusement soumise aux principes généraux du droit ».

L'Administration est soumise à la Constitution et aux lois mais également au droit (art. 103-1 CE). L'ordre juridique n'est donc pas seulement composé de normes mais aussi de principes.

Les principaux PGD identifiés par le TS sont les suivants :

- Principe d'équité
- Principe de légalité
- Principe de hiérarchie normative
- Principe de non-rétroactivité des décisions restreignant les droits individuels

- Principe de sécurité juridique
- Principe interdisant l'arbitraire des pouvoirs publics
- Principe d'égalité devant la loi
- Principe du droit au travail
- Principe de la liberté d'entreprendre
- Principe de la protection de la famille
- Principe de l'objectivité de l'action des Administrations publiques
- Principe d'efficacité de l'action des Administrations publiques
- Principes gouvernant les relations entre l'ordre juridique communautaire et l'ordre juridique espagnol (effet direct, primauté)

d-5. Le contrôle du détournement de pouvoir.

Comme en France le détournement de pouvoir consiste en l'illégalité du but poursuivi par l'auteur de l'acte.

L'article 70-2 LC le définit, en effet, comme « l'exercice de pouvoirs administratifs à des fins distinctes de celles fixées par l'ordre juridique ».

Le contrôle du détournement de pouvoir est bien un contrôle de légalité et non pas de moralité.

La jurisprudence distingue traditionnellement deux formes distinctes de but illicite :

- L'auteur n'a eu en vue aucune fin d'intérêt général
- L'auteur a bien poursuivi un but d'intérêt général mais qui ne correspond pas à celui qu'il devait prendre en compte.

La preuve d'un détournement de pouvoir étant par définition difficile à apporter, la jurisprudence du TS affirme qu'est « suffisante la conviction morale que se forge le tribunal » au vu des faits avérés dans le cas d'espèce.

e) La portée de la décision du juge

e-1. Nullité de plein droit et nullité simple

- **Le principe de la dualité des nullités.**

Les articles 62 et 63 LPC distinguent deux types de nullité : la nullité de plein droit (*la nulidad de pleno derecho*) et la nullité simple ou relative (*la anulabilidad*).

L'article 62-1 LPC énumère sept cas dans lesquels les actes des Administrations publiques sont nuls de plein droit (les actes qui violent les droits et libertés susceptibles

d'*amparo* constitutionnel ; les actes édictés par des organes manifestement incompétents d'un point de vue matériel ou territorial ; les actes qui ont un contenu impossible ; les actes constitutifs d'une infraction pénale etc.).

L'article 62-2 LPC ajoute que seront également nulles de plein droit « les dispositions administratives qui méconnaissent la Constitution, les lois ou d'autres dispositions administratives de rang supérieur, celles qui interviennent dans des matières réservées à la loi (...) ».

Quant à l'article 63 LPC, il pose le principe de la nullité simple des actes constitutifs « d'une violation de l'ordonnancement juridique, y compris le détournement de pouvoir ».

L'intérêt de la distinction tient au fait que ces deux types de nullités obéissent à un régime juridique distinct.

-La déclaration de nullité absolue n'est enfermée dans aucun délai. Elle peut en effet être faite à n'importe quel moment, à la demande d'un administré ou bien d'office par l'Administration ou le juge.

A l'inverse, la nullité simple d'un acte administratif ne peut être prononcée par le juge que s'il a été attaqué dans le délai (en principe deux mois) établi par la loi.

-Dans l'hypothèse d'une nullité absolue, l'éventuel consentement du destinataire de l'acte est inopérant.

- **Le cas particulier de la nullité des règlements**

Bien que la question soit parfois discutée, la doctrine majoritaire considère que la nullité des règlements est nécessairement une nullité absolue.

La jurisprudence du Tribunal suprême affirme ainsi, de façon constante, que « le niveau d'invalidité des dispositions générales est unique : la nullité absolue » (voir, par ex., TS 20 décembre 2000).

e-2. L'exécution de la décision du juge

Les effets des décisions d'annulation d'actes réglementaires sont *erga omnes*. En effet, selon l'article 72-2 LJ, « les sentences définitives qui annulent une disposition générale produiront des effets généraux à compter du jour ou sera publié l'arrêt dans le même journal officiel que celui servant à la publication de la disposition annulée ». Ladite publication devra être réalisée dans les dix jours suivant la lecture de la décision d'annulation (art. 107-2 LJ). Dans le même délai, l'arrêt devra être transmis à l'Administration auteur de l'acte (art. 104-1 LJ).

Les juges ayant annulé un acte réglementaire disposent d'une compétence exclusive pour assurer l'exécution de leur décision (art. 103-1 LJ). Saisis à cet effet, ils pourront ainsi déclarer nul tout acte édicté dans l'intention de contourner les effets de la chose jugée. La nullité de tels actes sera alors absolue (art. 103-4 et 103-5 LJ).

En principe, l'annulation d'une décision réglementaire se suffit à elle-même, l'acte disparaissant rétroactivement de l'ordonnancement juridique. Les actes administratifs définitifs pris en application de la décision réglementaire sanctionnée ne seront pas eux-mêmes annulés par voie de conséquence (art. 73 LJ). Il en ira différemment pour les règlements de rang inférieur qui reproduisent, réitèrent ou développent les dispositions du règlement annulé. L'annulation du second entraînera nécessairement celle des premiers.

Si la disposition réglementaire est annulée « en tant que ne pas », c'est-à-dire en raison d'une illégalité par omission, le juge a le pouvoir d'ordonner à l'Administration d'édicter la mesure réglementaire adéquate dans un délai qu'il aura déterminé. Si l'Administration ne s'exécute pas, le requérant pourra saisir le juge d'une demande d'exécution forcée, éventuellement sous astreinte (art. 104, 112 et 113 LJ).

Le juge ne peut manier que la gomme et jamais le crayon. L'article 71-2 LJ interdit, en effet, aux juges, après avoir annulé un règlement, de déterminer le contenu des dispositions que l'Administration serait tenue d'adopter en substitution de celles préalablement censurées.

2°) Les recours indirects

a) L'exception d'illégalité : une compétence partagée

L'inapplication judiciaire des règlements par voie d'exception est un principe général en Espagne. L'article 6 LOPJ énonce, en effet, que « les juges et tribunaux n'appliqueront pas les règlements contraires à la Constitution, à la loi ou au principe de hiérarchie normative ». Tous les ordres juridictionnels sont donc soumis à cette obligation de ne pas appliquer un règlement illégal *lato sensu*.

Le juge administratif est plus spécifiquement concerné. L'article 26-2 LJ dispose que « l'absence de recours direct contre une disposition générale ou le rejet du recours qui aurait été intenté contre elle ne font pas obstacle à l'exercice d'un recours contre ses actes d'application fondé [sur l'illégalité de celle-là] ». Tout comme en France, la possibilité d'exciper de l'illégalité d'un règlement est perpétuelle. Il est par ailleurs indifférent, comme le reconnaît l'article 26-2 LJ, que le règlement, dont l'illégalité est soulevée par voie d'exception, ait déjà fait l'objet d'une contestation directe et que celle-ci ait été rejetée par le juge. Les recours directs et indirects sont parfaitement indépendants. Le juge de l'exception peut parfaitement ne pas partager l'analyse faite en amont par le juge de l'action.

Quels sont les effets du constat de l'illégalité d'un règlement ? Le principe consacré par la jurisprudence et les textes est celui du caractère déclaratoire du jugement. Le règlement ne disparaît pas de l'ordonnancement juridique. Son application est simplement écartée au cas d'espèce. L'acte pris sur son fondement, et qui constitue l'objet du recours direct, est le seul qui est annulé.

La LJ de 1998 consacre deux exceptions où la déclaration d'illégalité peut entraîner l'annulation de l'acte réglementaire. La première est celle où le juge de l'exception aurait également été le juge de l'action si le règlement avait fait l'objet d'un recours direct. Dans ce cas précis, « la sentence déclarera la validité ou la nullité de la disposition générale » (art. 73-2 LJ). La seconde est propre au Tribunal suprême qui « annulera n'importe quelle disposition générale à l'occasion d'un recours fondé sur l'illégalité de celle-là » (art. 73-3 LJ).

Au nom de la sécurité juridique, le législateur a souhaité que des déclarations d'illégalité de règlements faites à l'occasion de recours contre des actes d'application puissent parfois produire des effets *erga omnes*. Cette volonté d'assainir l'ordonnancement juridique fut à l'origine de l'instauration d'une procédure originale : la question de légalité.

b) La question de légalité : une compétence exclusive

Le mécanisme de la question de légalité a été créé en 1998 lors de l'adoption de la loi portant réforme du contentieux administratif. Ce nouveau dispositif est prévu à l'article 27-1 LJ aux termes duquel le juge ou le tribunal qui aura déclaré par voie d'exception l'illégalité d'une disposition générale « devra poser la question de légalité devant le tribunal compétent pour connaître du recours direct contre cette disposition ». Toutes les juridictions administratives sont soumises à cette obligation, sous réserve des deux exceptions mentionnées plus haut.

La question de légalité ne doit être posée que dans l'hypothèse où l'illégalité du règlement a été reconnue par voie d'exception. Aucune question ne peut donc être transmise à la suite d'une déclaration de légalité. Par ailleurs, seul le juge de l'exception est juridiquement compétent pour poser la question de légalité. Les parties, quant à elles, ne le sont pas. La question devra être posée dans les cinq jours suivant le prononcé de l'arrêt. Elle le sera au moyen d'un jugement insusceptible de recours (art. 123-1 LJ). Le jugement de renvoi devra assigner les parties présentes au litige initial afin qu'elles puissent, dans un délai de quinze jours, comparaître et formuler des observations devant le juge statuant sur la question de légalité (art. 123-2 LJ). La décision de renvoi devra être publiée dans le même recueil officiel que celui qui a servi à la publication du règlement dont la légalité est contestée (art. 124-2 LJ).

Passé le délai de quinze jours laissé aux parties pour formuler leurs observations, le tribunal compétent pour examiner la question disposera d'un délai de dix jours pour statuer.

Au terme de ce délai, il pourra « accueillir ou rejeter totalement ou partiellement la question » (art. 126-1 LJ). Dans les deux cas, « la sentence qui résout la question de légalité n'affectera pas la situation juridique concrète découlant de l'arrêt rendu par le juge ou le tribunal à l'origine de la question » (art. 126-5 LJ). La déclaration d'illégalité faite par le juge de renvoi ne sera pas remise en cause par la décision finale concluant à la légalité du règlement. La décision initiale rendue par le juge de renvoi est en effet inattaquable. De même, le juge saisi de la question pourra confirmer l'illégalité du règlement mais sur la base de motifs différents de ceux retenus par le juge à l'origine de la question.

La question de légalité n'est donc pas assimilable à un mécanisme de type préjudiciel. Une frontière étanche sépare le litige initial et le jugement rendu sur la question de légalité. Ce dernier jugement, s'il est bien transmis au juge ou au tribunal qui a posé la question (art. 126-3 LJ), n'a aucune incidence sur la décision résolvant le litige concret. Cette voie de droit peut être alors décrite comme un recours juridictionnel purement objectif. Les effets d'un jugement constatant l'illégalité d'un règlement sont absolument identiques à ceux du recours direct en annulation lorsque celle-ci est effectivement prononcée (art. 126-2 LJ).

3°) Le recours en responsabilité

Le droit espagnol consacre la faculté pour le requérant d'exercer un recours de « pleine juridiction » afin d'obtenir une indemnisation pour le dommage causé par l'édiction d'un règlement illégal ou par une illégalité « en tant que ne pas ».

Conformément à l'article 139-2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, « dans tous les cas, le préjudice invoqué devra être effectif, évaluable économiquement et individualisable ». Cette exigence générale peut être remplie dans le cas considéré. Il n'existe aucune incompatibilité entre le caractère général d'une norme à l'origine d'un préjudice et le caractère individualisable de celui-ci. La jurisprudence est sans ambiguïté sur ce point. Elle condamnera l'Administration à payer au requérant des dommages-intérêts chaque fois que celui-ci apportera la preuve d'une lésion personnelle résultant d'un règlement illégal.

4°) Les recours conservatoires

Le recours direct en annulation de dispositions et d'actes administratifs n'est pas suspensif. La règle est en effet celle du caractère exécutoire de l'ensemble des mesures administratives décisives (*principio de ejecutoriedad*). Afin de remédier aux effets néfastes pouvant découler de ce principe, le droit espagnol consacre depuis la fin du vingtième siècle une mesure préventive (*medida cautelar*) au travers de la procédure de suspension provisoire des décisions et actes administratifs. La jurisprudence du Tribunal constitutionnel considère que cette possibilité de suspension provisoire fait partie intégrante du « droit à une protection judiciaire effective » consacré à l'article 24 CE. La réforme du contentieux administratif de

1998 a entendu redynamiser et valoriser les *medidas cautelares* (art. 129 et s. LJ). L'exposé des motifs de la loi du 13 juillet affirme ainsi que « la justice préventive fait partie du droit à la protection judiciaire effective (...) ; l'adoption de mesures préventives ne doit pas être envisagée comme une exception, mais bien comme une faculté que l'organe judiciaire peut mettre en œuvre chaque fois que cela est nécessaire ». L'apport de la réforme est de passer du singulier au pluriel. La suspension de l'exécution d'une disposition ou d'un acte administratifs n'est désormais plus qu'une mesure provisoire parmi d'autres (le juge peut recourir à des mesures positives). Selon l'article 129-1 LJ, « les intéressés pourront solliciter l'adoption de *toutes* les mesures susceptibles d'assurer l'effectivité de la sentence ».

La suspension de l'exécution d'une disposition réglementaire est donc parfaitement envisageable. Dans ce cas précis, le requérant devra solliciter cette mesure préventive lors de la présentation de sa demande principale (art. 129-2 LJ⁸⁵) et non pas à n'importe quel moment de l'instance comme c'est le cas pour les actes non réglementaires (art. 129-1 LJ). Les conditions de fond posées à la suspension d'un règlement sont assez exigeantes. En effet, « la mesure préventive pourra être accordée uniquement lorsque l'application de la disposition pourrait faire perdre sa finalité légitime au recours » (art. 130-1 LJ). La doctrine a critiqué cette rédaction. La référence indirecte faite au « préjudice irréparable » est jugée inadaptée et exagérément restrictive. Depuis longtemps, García de Enterría avait préconisé que la suspension soit exclusivement conditionnée à « l'apparence du bien-fondé de la demande » (*fumus boni iuris*). Le législateur ne l'a pas suivi en privilégiant la prise en considération des conséquences concrètes attachées à l'exécution de l'acte sur l'analyse du bien-fondé des moyens invoqués par le requérant à l'appui de sa demande de suspension. Le juge se voit par ailleurs reconnaître un large pouvoir d'appréciation puisqu'il doit mettre en balance « tous les intérêts en conflit » (art. 130-1 LJ). Il peut également invoquer un risque de « perturbation grave de l'intérêt général ou de celui de tiers » pour refuser une mesure préventive pourtant justifiée (art. 130-2 LJ).

D'un point de vue procédural, le jugement sur les mesures préventives doit intervenir, au plus tard, quinze jours après la demande (art. 131 LJ). Les mesures ordonnées par le juge resteront en vigueur, sauf changement de circonstances, jusqu'à l'intervention de la décision au principal (art. 132 LJ). Les décisions de suspension sont revêtues de l'autorité de la chose jugée. La décision suspendant une disposition générale doit être publiée dans le même recueil officiel que celui qui a servi à sa publication (art. 134 LJ).

⁸⁵ «Si se impugnare una disposición general, y se solicitare la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados, la petición deberá efectuarse en el escrito de interposición o en el de demanda».

1. -B) Les recours devant le Tribunal constitutionnel

1°) Le recours d'*amparo* constitutionnel

Le recours d'*amparo* constitutionnel est prévu à l'article 53-2 CE : « Tout citoyen peut réclamer la protection des libertés et des droits reconnus à l'article 14 et à la section première du chapitre II devant les tribunaux ordinaires, selon une procédure prioritaire et abrégée *et, le cas échéant, au moyen du recours en garantie des droits devant le Tribunal constitutionnel* ». Il existe donc deux recours d'*amparo*. Le recours de principe devant les juridictions ordinaires. Le recours devant le Tribunal constitutionnel qui présente un caractère subsidiaire. L'*amparo* constitutionnel est régi par les articles 41 à 58 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTIC).

De par sa nature même, l'*amparo* est un recours subjectif. Il ne peut être utilisé qu'en vue de défendre les droits fondamentaux et libertés publiques consacrés par la Constitution au profit des citoyens. La question s'est donc posée de savoir si cette voie de droit pouvait être empruntée pour contester une disposition réglementaire.

Dans un premier temps, la jurisprudence du Tribunal constitutionnel considérait qu'une déclaration de nullité d'un règlement pour inconstitutionnalité ne pouvait jamais être prononcée dans le cadre de l'*amparo* constitutionnel. Pour le juge constitutionnel, le « jugement de légalité des règlements revient à la juridiction administrative et non au tribunal constitutionnel » (TC, 7 de noviembre 1985).

La jurisprudence va par la suite évoluer et admettre que la nullité d'un règlement puisse être obtenue dans le cadre du recours d'*amparo* si l'illégalité qui l'entache est constitutive d'une violation des droits fondamentaux. En effet, pour le Tribunal, une telle violation « peut avoir son origine directe et immédiate dans des normes, de telle façon qu'il est possible d'admettre que, dans des cas déterminés, la simple existence d'une disposition réglementaire d'application directe puisse violer un droit fondamental » (TC, 14 de octubre 1991). Le Tribunal constitutionnel peut également annuler totalement ou partiellement une disposition réglementaire servant de fondement à un acte portant atteinte aux droits fondamentaux. Certains auteurs parlent alors d'un « recours indirect contre les règlements ». La déclaration de nullité est nécessairement incidente puisque l'article 41-3 LOTIC affirme que l'*amparo* constitutionnel ne peut servir qu'à « rétablir ou préserver les droits ou libertés au nom desquels le recours a été exercé ». Si le recours est exercé par le Ministère public, ce dernier devra agir, non pas au nom de l'intérêt de la légalité, mais bien au nom de la défense d'un droit ou d'une liberté.

2º) Le recours fondé sur l'article 161-2 CE

L'article 161-2 CE confère au Tribunal constitutionnel un titre de compétence spécifique en matière de contentieux des décisions réglementaires. Il prévoit que « le gouvernement peut déférer au Tribunal constitutionnel les dispositions et les résolutions adoptées par les organes des Communautés autonomes ». La portée de cette disposition a été étendue par les articles 61 à 63 LOTC. Il résulte de ces derniers que tous les conflits de compétence entre l'Etat et les Communautés autonomes, et entre les Communautés elles-mêmes, peuvent être soumis au Tribunal. De nombreux règlements émanant des organes de l'Etat ou des organes des Communautés autonomes relèvent donc de la juridiction du Tribunal.

La compétence du Tribunal constitutionnel n'est cependant pas exclusive. L'article 161-2 CE ne consacre pas une exception à la compétence ordinaire des juridictions administratives. Cet article crée une voie de droit complémentaire. Aucune exception de recours parallèle n'est ici opposable. Les autorités compétentes pour saisir le Tribunal constitutionnel peuvent librement décider d'agir devant les juridictions administratives. L'existence d'une telle option ne signifie cependant pas que les deux voies de droit soient absolument identiques. Trois différences peuvent être notées.

Tout d'abord, le recours devant le Tribunal constitutionnel a pour effet de suspendre automatiquement l'exécution de la disposition déférée et le Tribunal dispose alors de cinq mois pour statuer (art. 161-2 CE). Ensuite, l'examen de l'acte ne revêtra pas la même portée dans les deux cas. Le juge constitutionnel se limite à un contrôle de constitutionnalité du règlement tandis que le juge administratif réalise un contrôle complet de sa légalité (cf *supra*). Enfin, alors que les décisions d'annulation du juge administratif ont un effet *erga omnes*, la décision d'annulation du juge constitutionnel ne s'imposera au juge ordinaire qu'en tant qu'elle se prononce sur la conformité du règlement aux règles constitutionnelles relatives à la répartition des compétences territoriales.

Bibliographie (sommaire)

- Tomás Cano Campos y allí, Lecciones y Materiales para el Estudio del Derecho Administrativo, Tomo IV Las garantías de los ciudadanos y el control de las administraciones públicas, Iustel, 2009
- Eduardo García de Enterría et Tomás-Ramón Fernández, Curso de derecho administrativo. I et II, Thomson Civitas, 2008

- Santiago Muñoz Machado, Lecciones y Materiales para el Estudio del Derecho Administrativo, Tomo I Derecho Administrativo y sistema de Fuentes, Iustel, 2009
- Ramón Parada, Derecho Administrativo II. Régimen de la actividad administrativa, Open, 20ª edición, 2013
- Manuel Estepa Montero, Régimen jurídico y control jurisdiccional de los reales decretos reglamentarios, Tesis, Universidad Complutense de Madrid, 2004, 1106p.

ÉTATS-UNIS

Thomas Perroud

Maître de conférences à l'Université Paris-Est Créteil

Cette interrogation d'Yves Gaudemet nous semble pertinente pour réfléchir à l'acte administratif de portée générale aux États-Unis : il se demande « si l'unité du droit administratif n'[était] pas à reconsidérer du point de vue d'une distinction qui existe chez nous, mais surtout dans certains systèmes étrangers, qui est la distinction de l'acte réglementaire et de l'acte non réglementaire »⁸⁶. Lui répondant, Roland Drago poursuit le choix du droit allemand, d'exclure justement la règle générale de la catégorie des actes administratifs. Ce choix allemand se distingue nettement du droit français à cet égard. La France a en effet adopté une conception large de l'acte administratif, incluant règle individuelle et générale et permettant justement un contrôle juridictionnel de tous ces actes.

Le droit américain a fait le choix, au niveau fédéral de distinguer clairement, au sein des actes administratifs, les règles générales (*rules*) et les règles particulières (*adjudications*). Les règles d'élaboration des normes de portée générale ne sont pas encadrées par la Constitution. Le juge Holmes a définitivement tranché cette question dans l'arrêt de 1915, *Bi-Metallic Investment Company v. State Board of Equalization* :

« Lorsqu'une règle de conduite s'applique à plus que quelques personnes, il serait impraticable de permettre à tout le monde de participer à son adoption. La Constitution n'impose pas que tous les actes publics soient adoptés par la réunion ou l'assemblée de tous les citoyens de la ville. Des lois générales sont prises dans le cadre du pouvoir des États qui affectent les personnes ou leur propriété, parfois au point de les ruiner, sans pourtant leur donner le droit d'être entendu. Leurs droits sont protégés de la seule manière possible dans une société complexe, par le contrôle, immédiat ou lointain, de ceux qui font ces règles. »

⁸⁶ Yves Gaudemet, « Questions pour le droit administratif », débat préparé avec l'aide de Jacques Moreau, avec Roland Drago, Georges Vedel, Guy Braibant, Daniel Labetoulle, Philippe Waquet, Arnaud Lyon-Caen, AJDA, 1995, n° spécial, pp. 15 et s., spéc. pp. 24-25, ici p. 24, cité par E. Untermaier, Les règles générales en droit public français, LGDJ, Bibliothèque De Droit Public, tome 268, 2011, p. 325.

Le seul encadrement vient donc de la loi de procédure administrative (Administrative Procedure Act ou APA). Que dit la loi sur la procédure administrative concernant les actes de portée générale ? Nous mettons ci-dessous les deux dispositions importantes pour notre propos : l'article 551 qui définit la notion de règle de portée générale et l'article 553 sur la procédure d'élaboration des règles.

*

L'article 551 dispose :

« Pour les besoins du présent sous-chapitre :

[...]

«Règle » désigne tout ou partie d'une déclaration d'une agence d'application générale ou particulière et avec un effet pour l'avenir visant à mettre en œuvre, interpréter, ou prescrire une norme juridique ou une politique ou décrivant les exigences relatives à l'organisation, la procédure, la pratique d'une agence et comprend l'approbation ou la prescription pour l'avenir de tarifs, des salaires, des structures sociales ou financières (ou la réorganisation de celles-ci), des prix, des infrastructures, des appareils, des services ou des indemnités connexes ou des évaluations, des coûts ou de la comptabilité, ou des pratiques s'appliquant à tout élément listé plus haut ;

« élaboration des règles » désigne le processus de l'agence visant à la formulation, la modification, ou l'abrogation d'une règle [...] »

*

L'article 553 dispose :

« (a) Les dispositions de cet article ne s'appliquent pas :

- (1) aux fonctions des États-Unis liées aux activités militaires et aux affaires étrangères ;
- (2) aux domaines liés à la gestion des agences ou de leur personnel, aux propriétés publiques, emprunts, subventions, prestations, ou contrats.

(b) La notification générale du projet de règle est publiée dans le Registre fédéral à moins que les personnes qui y seront assujetties ne soient désignées et que le projet de règle leur soit signifié personnellement ou qu'ils en soient informés conformément à la loi. La notification inclut :

- (1) une annonce précisant l'heure, le lieu et la nature de la procédure publique ;

(2) une référence au cadre légal dans le cadre duquel s'inscrit la future règle ;

(3) soit les termes et la substance de la future règle ou une description des sujets et des problèmes soulevés ;

Sauf lorsque l'information et l'audience sont exigées par la loi, cette sous-section ne s'applique pas :

(A) aux règles interprétatives, aux déclarations de politique générale, ou aux règles tenant à l'organisation des agences, à leur procédure ou à leurs pratiques ; ou

(B) lorsque l'agence décide, pour des raisons valables (et inclus ses conclusions et une brève motivation avec la règle publiée), que l'information et la procédure publiques sont impraticables, inutiles, ou contraires à l'intérêt public.

(c) Après l'information exigée par cet article, l'agence devra donner aux personnes intéressées l'opportunité de participer à l'élaboration de la règle par le dépôt de données écrites, la communication de leur point de vue, de leurs arguments avec ou sans la possibilité de les présenter oralement. Après avoir considéré les éléments transmis, l'agence devra incorporer dans les règles adoptées un exposé succinct et général de leur base de leur objectif. Lorsque la loi dispose que la règle devra être élaborée avec un procès-verbal et après une audition, les articles 556 et 557 de ce titre s'appliquent à la place de cette sous-section.

(d) La publication ou la notification de la règle intervient au minimum 3 jours avant son entrée en vigueur, sauf :

(1) lorsque la règle accorde ou reconnaît une dérogation ou supprime une restriction ;

(2) pour les règles interprétatives ou les déclarations de politique générale ; ou

(3) dans les cas où l'agence en dispose autrement, pour des raisons valables établies et publiées avec la règle.

(e) Les agences donnent aux personnes intéressées un droit de leur adresser une pétition pour l'élaboration, l'amendement ou l'abrogation d'une règle ».

*

Quelle est la procédure d'élaboration de la règle de portée générale ?⁸⁷ La loi et la jurisprudence imposent trois éléments : la norme de portée générale doit être adoptée après

⁸⁷ Ces développements reposent sur l'analyse suivante : Alfred C. Aman Jr, William T. Mayton, *Administrative Law*, Hornbook Series, West Publishing, 2001, pp. 37-62.

une procédure participative, elle doit permettre en outre à tous les intérêts concernés par la norme de pouvoir adresser leur commentaire, la motivation de la norme doit manifester la rationalité de la règle. Le respect de la procédure est aujourd'hui garanti par les tribunaux qui refuseront d'adopter une attitude déférente envers le choix des agences si celui-ci n'a pas été informé par la participation de l'ensemble des parties prenantes. Les juges américains ont longtemps été confiants dans l'Administration et dans sa capacité à faire des choix objectifs, reflétant ainsi la confiance dans les experts issue de l'époque du New Deal. Le regard a progressivement changé, si bien qu'aujourd'hui les juges n'adopteront une attitude déférente qu'à la condition que l'ensemble des points de vue ait été pris en compte.

L'attitude contemporaine des juges est bien résumée dans le jugement suivant :

« Plus important que tout, l'élaboration de règles par l'administration, de façon autoritaire, constitue davantage qu'une offense à nos principes démocratiques fondamentaux de gouvernements, si bien que lorsqu'une administration manque à son obligation minimum de rechercher l'accord des administrés, un ingrédient vital d'une action administrative efficace est supprimé... Dresser la carte des orientations politiques avec l'aide de ceux qui seront affectés par ces changements aide à dissiper la suspicion de prédisposition, d'iniquité, d'arrogance, d'influence indue ou de motivation secrète »⁸⁸.

Quelles sont les étapes ? Nous analyserons successivement la période préalable à la notification (1), la notification (2) et le droit du public de commenter le projet de règle (3).

2. - La période préalable à la notification

a. - La question du droit de pétition

L'Administration a la maîtrise de son programme. Cependant, les citoyens disposent d'un droit de pétition pour demander à l'Administration d'émettre, de modifier ou d'abroger une règle. Elle n'est cependant pas liée par cette demande et, jusqu'à récemment, le pouvoir discrétionnaire de l'Administration était total, le juge refusant de contrôler le refus d'engager une procédure réglementaire⁸⁹.

Le juge a cependant modifié sa position. Aujourd'hui, le refus d'engager une procédure d'élaboration d'une règle générale est susceptible de recours. L'intensité du contrôle est néanmoins faible. Le juge se contente « de vérifier que l'agence a expliqué correctement les

⁸⁸ Chamber of commerce of U.S. v. OSHA, 636 F.2d 464, 470 (D.C.Cir.1980).

⁸⁹ V. Stewart and Sunstein, Public Programs and Private Rights, 95 Harv.L.Rev. 1193, 1267-89 (1982).

faits et la politique sur lesquels il s'est basé pour rejeter la pétition »⁹⁰. Lorsque le juge n'est pas satisfait par les explications de l'agence, il renvoie l'affaire devant elles afin qu'elle reprenne la procédure, qu'elle motive son refus de façon plus convaincante ou qu'elle décide finalement d'engager une procédure de réglementation.

b. - La détermination de la règle par négociation

Le processus d'élaboration de la règle, qui doit se terminer par le *notice-and-comment* (notification et participation), impose à l'agence de déterminer le contenu de la règle. En effet, l'agence estime qu'un problème se pose et qu'une réponse est appropriée sous la forme d'une règle générale, il faut donc qu'elle fasse une proposition qui fera ensuite l'objet de commentaires dans la phase de participation. Le Congrès a cependant donné aux agences une faculté supplémentaire : celle de négocier avec les intérêts concernés le contenu de la règle qui sera ensuite discutée. Le Negotiated Rulemaking Act de 1990 autorise les agences à négocier le contenu de la future règle. Le recours à la négociation est à la discrétion de l'Administration.

Si l'Administration décide de procéder à une négociation, elle doit en informer le public dans le Federal Register. L'information doit inclure « une description du sujet et de l'étendue de la règle à élaborer », « une liste des intérêts susceptible d'être affectés de manière significative par la règle » ainsi que les « personnes proposées pour représenter ces intérêts ».

L'agence est un membre comme les autres du comité. Elle ne jouit pas d'un statut particulier. Le comité en charge de l'élaboration de la règle est en effet présidé par un arbitre (*facilitator*), spécialiste de la négociation qui « aide à la discussion et à la négociation de façon impartiale ». La négociation ne peut aboutir à une règle que dans le cas où un consensus est atteint, consensus que la loi définit comme « la concurrence unanime des intérêts représentés dans le comité de négociation sur la réglementation » (*negotiated rulemaking committee*).

3. - La notification

La loi de procédure impose une notification du projet de règle ainsi qu'un détail des lieux, date, nature de la règle, de sa base légale ainsi qu'une description de celle-ci. Les tribunaux n'invalident pas nécessairement le non-respect de chacune de ces formalités, l'invalidité n'étant encourue qu'au cas où le non-respect porte un « préjudice ». Le préjudice est établi en

⁹⁰ National Association of Regulatory Utility Commissioners v. U.S. Department of Energy, 851 F.2d 1424, 1430 (D.C.Cir.1988).

fonction du but de la règle, qui est de permettre la participation de l'ensemble des parties prenantes par la voie d'arguments ou de données pertinentes.

Les exigences des tribunaux se sont accrues. Le détail de la base légale⁹¹, du contenu de la future règle ont pu être exigé. Afin que les parties prenantes soient effectivement mises en position de pouvoir commenter le projet de règle, le juge impose aussi que la notification précise les données et la méthodologie utilisée par l'agence pour formuler la règle. Dans l'arrêt *United States v Nova Scotia Food Products Corp.*⁹², la Federal Drug Administration avait adopté une règle imposant des mesures de protection contre le botulisme aux entreprises manufacturant le poisson. Au lieu d'établir un standard par espèce de poisson, l'agence avait englobé toutes les espèces dans cette nouvelle norme. Les entreprises commercialisant du corégone formèrent un recours, car le botulisme avait été éradiqué dans leur secteur par diverses mesures. Le moyen fut soulevé en termes procéduraux : les demandeurs avancèrent que l'agence avait manqué à son obligation de notification en n'incluant pas dans celle-ci les données scientifiques sur lesquelles elle s'était basée pour établir cette règle. Ce manquement les a privés du droit de montrer qu'une règle différente était suffisante pour leur secteur. Cet argument fit mouche. La Cour d'appel expliqua que « les recherches scientifiques sont parfois infirmées en raison d'inexactitudes méthodologiques et les résultats statistiques sont parfois réfutés », aussi « la suppression des commentaires significatifs en raison de l'absence des données de base sur lesquelles l'agence s'est fondée pour élaborer la règle revient à rejeter complètement un commentaire ».

De quelle latitude l'Administration dispose-t-elle pour modifier sa règle entre la notification et l'adoption de celle-ci ? Autrement dit à quel point la notification lie-t-elle l'Administration dans le champ du domaine à réglementer ? L'Administration américaine doit en effet faire attention à ne pas ajouter d'éléments significatifs dans la règle finale qui n'auraient pas été discutés, faute d'avoir été prévus dans la notification. Par exemple l'Environmental Protection Agency avait identifié trois polluants dans la notification initiale d'un projet de règle, mais en avait ajouté un quatrième dans la règle finale. La Cour d'appel imposa à l'agence de reprendre la procédure de *notice-and-comment* pour ce quatrième polluant⁹³.

Cependant, les tribunaux n'ont pas voulu interdire tout changement. Le but de la procédure est en effet de permettre à l'agence d'apprendre du secteur. Il se peut donc que la règle finale diffère sensiblement de la règle proposée au départ. Le standard appliqué est donc celui de la « conséquence logique » (*logical outgrowth*)⁹⁴. La règle finale doit être une émanation

⁹¹ *V. Global Van Lines Inc v. ICC*, 714 F.2d 1290 (5th Cir. 1983).

⁹² 568 F.2d 240 (2d Cir.1977).

⁹³ *V. American Frozen Food Institute v Train*, 539 F.2d 107, 135 (D.C.Cir.1976).

⁹⁴ *V. American Medical Association v. United States*, 887 F.2d 615, 632 n. 51 (D.C.Cir.1973).

logique, une conséquence, une excroissance logique de la règle initiale. Ce standard n'est pas toujours d'application aisée en jurisprudence⁹⁵.

4. - Le droit de commenter et l'obligation de motivation

L'APA confère au public un droit de participer à l'élaboration de la règle. C'est à ce stade que les tribunaux contrôlent l'obligation d'établir une règle motivée de façon rationnelle (*fully reasoned rule*), car ils vont contrôler que l'Administration a bien pris en compte les données et les analyses des commentaires publics. L'Administration doit ainsi répondre aux commentaires significatifs qui lui sont adressés en expliquant pourquoi elle n'a pas pris en compte ce point de vue ou en modifiant la règle en conséquence⁹⁶. L'Administration ne doit pas répondre à tous les commentaires, seulement à ceux qui sont jugés significatifs.

Conclusion

La méthode mise en place par l'Administrative Procedure Act pour élaborer les règles de portée générale est donc très encadrée, contrôlée. Le processus est au final long, coûteux et impose à l'Administration un devoir de justifier son choix de manière scientifique et objective, en répondant aux arguments des différentes parties (et en répondant de manière objective). Il n'est pas étonnant que ce soit dans ce cadre que l'étude d'impact se soit développée. Cet outil est en effet un moyen pour l'Administration de justifier de manière objective ses choix, car il amène à examiner chaque option en chiffrant les coûts et les bénéfices qu'ils sont susceptibles de générer. C'est enfin un processus fortement conflictuel, qui finit inévitablement par un contentieux. Sur le fond, les tribunaux ont adopté un contrôle de faible intensité sur les choix discrétionnaires de l'Administration, leur attention s'est portée davantage sur la justification rationnelle de la règle, en imposant aux agences de motiver leur choix en fonction des différentes propositions du public.

⁹⁵ V. *Chocolate Manufacturers Association v Block*, 755 F.2d 1098, 1105 (4th Cir.1985) : « At the time the proposed rulemaking was published, neither CMA nor the public in general could have had any indication from the history of either the WIC Program or any other food distribution programs that flavored milk was not part of the acceptable diet for women and children without special dietary needs. The discussion in the preamble to the proposed rule was very detailed and identified specific foods which the agency was examining for excess sugar. This specificity, together with total silence concerning any suggestion of eliminating flavored milk, strongly indicated that flavored milk was not at issue. The proposed rule positively and unqualifiedly approved the continued use of flavored milk. Under the specific circumstances of this case, it cannot be said that the ultimate changes in the proposed rule were in character with the original scheme or a logical outgrowth of the notice ».

⁹⁶ V. *Portland Cement Association v Ruckelshaus*, 486 F.2d 375, 393-94 (D.C.Cir.1973).

ITALIE

Jean Latournerie

Avocat à la Cour

Remarques préliminaires : L'organisation de la justice administrative italienne

Le contentieux administratif italien est confié aux cours administratives et à une cour administrative suprême, le *Consiglio di Stato*. L'Italie est un des seuls pays européens (avec la France et la Grèce) qui attribue la quasi-totalité du contentieux de l'administration à la compétence matérielle des juridictions administratives. Les juridictions administratives italiennes sont structurées en deux niveaux⁹⁷ : les juridictions de première instance (*tribunali amministrativi regionali* - TAR) et la juridiction d'appel dotée de la compétence de réexamen de l'affaire en fait et en droit (*Consiglio di Stato*). Concernant la compétence *rationae loci*, les juridictions de première instance sont réparties par région.

Les juridictions administratives associent les fonctions consultatives aux fonctions contentieuses⁹⁸. Le Conseil d'Etat italien participe au processus d'élaboration des actes administratifs ou des actes législatifs (article 100 de la Constitution italienne). Il émet des avis et propose des modifications. L'article 25 de la loi n° 127 du 15 mai 1997 définit la fonction consultative du Conseil d'Etat italien. Cette loi dresse précisément la liste des consultations obligatoires du Conseil d'Etat par les institutions italiennes ; ces consultations concernent, dans leur grande majorité, des projets de règlements (d'origine gouvernementale ou ministérielle), dits projets de « *Testi Unici* »⁹⁹. Parmi les fonctions consultatives du Conseil

⁹⁷ En vertu des dispositions de l'article 13 du *codice del processo amministrativo*, le tribunal compétent est celui dans le ressort duquel l'administration qui émet l'acte a son siège (exception faite, en vertu de l'article 14 du *codice*, pour les tribunaux administratifs régionaux de Rome et de Milan).

⁹⁸ V. Roberto Giovagnoli, Jean-Philippe Thiellay, « Des codes de justice administrative en Italie et en France », *AJDA*, 26/09/2011, n° 31, p. 1772 s. : « En Italie, le *Consiglio di Stato* a retrouvé des compétences à la fois consultatives et juridictionnelles en 1889. (...) Il est principalement compétent pour juger des appels formés contre les jugements des TAR (*tribunali amministrativi regionali*) tandis que le Conseil d'Etat (français), devenu majoritairement juge de cassation des arrêts de cours administratives d'appel, est également compétent en premier et dernier ressort et en appel dans des cas limités ».

⁹⁹ Il s'agit des lois de statut adoptées par le gouvernement sur habilitation du Parlement ; ces lois rassemblent la loi de statut et les règlements afférents. Pour une analyse plus approfondie, v. Lilla Laperuta, *Compendio di diritto amministrativo*, Maggioli Editore, 2012, p. 42.

d'Etat italien, on cite son avis sur les décisions d'appel extraordinaire auprès du Président de la République et sur les projets de contrats-cadre préparés par les ministres. En règle générale, « *la consultation du Conseil d'Etat sur d'autres sujets est ouverte à d'autres institutions et organes italiens : le Parlement national, les régions, les autorités indépendantes* »¹⁰⁰.

Dans le cadre d'une étude portant sur les contours de la notion d'acte administratif à portée générale, nous présenterons d'abord les règles relatives à la définition des actes administratifs réglementaires en Italie (A.), puis celles concernant l'élaboration et le contenu de ces actes (B.).

I. Identification de l'acte administratif à portée générale en droit administratif italien

A. Définition et catégories des actes administratifs à portée générale

1. Identification doctrinale

En droit administratif italien, il existe plusieurs types d'actes administratifs : les actes administratifs à portée générale (*provvedimenti amministrativi generali*) et les actes administratifs individuels (*provvedimenti particolari*). Les actes administratifs à portée générale se distinguent des actes normatifs (*atti normativi*), qui seuls constituent des sources de droit. Contrairement aux actes administratifs à portée générale, les actes normatifs se caractérisent non seulement par le fait d'être adressés à un nombre imprécis de destinataires, comme les actes administratifs à portée générale, mais aussi en ce qu'ils modifient l'ordonnancement juridique. Les actes administratifs individuels sont, au contraire, adressés à un destinataire ou à un ensemble déterminé de destinataires¹⁰¹.

Cette distinction est importante sur le plan pratique parce que, en Italie, les actes administratifs à portée générale sont soumis à un régime juridique différent de celui des actes administratifs individuels. Plus précisément, les règles générales de participation établies par la loi n° 241/1990 ne s'appliquent pas à la procédure conduisant à l'adoption des actes administratifs à portée générale. Ces actes sont soumis aux règles spécifiques de chaque secteur de droit (article 13, paragraphe 1, de la loi n° 241/1990). Aux actes administratifs à

¹⁰⁰ Joel Andriantsimbazovina, « Les organes chargés de juger l'administration », RFDA, 2008, p. 241.

¹⁰¹ Sur ces distinctions v. Marco d'Aliberti, *Lezioni di diritto amministrativo*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012, p. 228 s.

portée générale ne s'applique pas non plus le principe de l'obligation de motivation (article 3, paragraphe 2 de la loi n° 241/1990) ; cependant, il y a des lois spéciales qui établissent une obligation de motivation dans certains cas, même pour les actes administratifs à portée générale¹⁰².

2. La classification des actes administratifs

En règle générale, en Italie, les actes administratifs sont classés par catégorie. Selon le nombre de destinataires, l'on distingue les actes individuels¹⁰³ (adressés à un destinataire seul) des actes multiples¹⁰⁴ (adressés à plusieurs destinataires, mais pouvant être formellement divisés en autant d'actes qu'il y a de destinataires), des actes collectifs¹⁰⁵ (adressés à plusieurs destinataires collectivement considérés) ou des actes à portée générale¹⁰⁶ (pour lesquels les destinataires ne sont précisés qu'après l'édition de l'acte, comme par exemple lors d'un avis d'appel public à concurrence). En outre, une autre distinction, très marquée en Italie, consiste à distinguer les actes « déclaratifs », qui constatent des situations de fait ou de droit, des actes décisionnels « *qui comportent des effets à l'égard des tiers et appelés, dès lors, à échapper au contentieux de droit commun* »¹⁰⁷. En vertu d'une règle générale jurisprudentielle¹⁰⁸, le Conseil d'Etat italien juge qu'il faut considérer comme destinataires d'un acte administratif¹⁰⁹, non seulement ceux dont le nom est mentionné dans l'acte, mais également ceux qui peuvent être facilement identifiés en tant que destinataires sur la base du contenu de l'acte, même s'ils n'y sont pas spécifiquement mentionnés.

Des différences subtiles subsistent entre les actes administratifs à portée générale et les autres actes administratifs¹¹⁰ :

¹⁰² A titre d'exemple, nous citons les actes adoptés par la Banque d'Italie, du CONSOB, de l'ISVAP (article 23, paragraphe 1 de la loi n° 262 /2005).

¹⁰³ Atti particolari.

¹⁰⁴ Atti plurimi.

¹⁰⁵ Atti collettivi

¹⁰⁶ Atti generali.

¹⁰⁷ Caroline Capelle, « Acte administratif et justice administrative en Europe », RFDA 2008 p. 258. A ce sujet, V. également l'article de G. Colombini et A. Massera, « Le contrôle des décisions administratives en Italie », AJDA 1999, p. 671.

¹⁰⁸ Cette règle jurisprudentielle a été confirmée par une décision du Conseil d'Etat italien : Consiglio di Stato, sez. IV, 29 Luglio 2008, n° 3769.

¹⁰⁹ On se réfère à tous les actes administratifs, indépendamment de leur nature juridique ou de leur contenu.

¹¹⁰ Pour une analyse plus approfondie, v. Guido Alpa et Roberto Garofoli, *Manuale di diritto amministrativo*, Nel Diritto Editore, 2010, p. 740 s.

- La différence entre les actes multiples et collectifs, d'un côté, et les actes à portée générale, de l'autre, tient au fait que, dans la première catégorie, les destinataires de l'acte, même s'ils sont nombreux, sont, malgré tout, identifiables *a priori* ; en effet, dans le cas des actes administratifs à portée générale, l'identification des destinataires n'est possible qu'au moment suivant l'édiction de l'acte ;
- Le critère de distinction entre actes à portée générale et actes normatifs¹¹¹ (cf. les règlements, - en italien : *regolamenti*) est fondé sur l'existence d'éléments innovants : l'efficacité de l'acte administratif à portée générale est épuisée par l'adoption de règles d'application de la loi. Aucune modification n'intervient dans l'ordonnancement juridique. En tout état de cause, la définition de l'acte normatif alimente en Italie des débats relatifs au statut juridique des circulaires et avis « *qui ne sont pas considérés comme des actes faisant grief, sauf si le législateur ou la jurisprudence les qualifient ainsi* »¹¹².

Les actes à portée générale peuvent être définis, en droit italien, comme les actes d'une autorité exécutive ou administrative contenant des règles d'application générale. Nous constatons qu'un des problèmes majeurs liés à la notion d'acte administratif à portée générale en Italie tient à la délimitation entre les actes contenant des règles de droit et les actes ne contenant que des orientations ou des recommandations adressées aux agents administratifs. Cette distinction est d'autant plus délicate que les agents administratifs ont tendance à considérer les actes provenant de leurs supérieurs comme de véritables règles juridiques, en dépit de leur portée limitée à l'ordre administratif interne. Dans la grande majorité des systèmes de droit administratif – le système italien inclus –, il est décidé que « *de tels actes ne contiennent pas de véritables règles de droit sauf si les recommandations sont à la fois impératives et très précises* »¹¹³.

L'acte administratif à portée générale appartient à la catégorie des actes administratifs. Dès lors, un régime contentieux identique à celui des autres actes administratifs, et notamment à celui des décisions individuelles, paraît lui être *a priori* appliqué. L'Italie fait partie des pays qui soumettent l'acte administratif à portée générale et l'acte administratif individuel au même régime contentieux : celui de la compétence de la justice administrative. Cependant, il ne faut pas confondre le régime contentieux de l'acte administratif à portée générale, qui peut présenter des similitudes à celui de l'acte administratif individuel, avec le traitement particulier qui peut être reconnu aux actes administratifs à portée générale, notamment sur la forme de publicité, les modalités de retrait et d'abrogation ou son interprétation.

¹¹¹ V. Consiglio di Stato, sez. IV, 26 maggio 2003, n° 2827; Tar Campania, Salerno, 20 gennaio 2003, n° 440.

¹¹² Jacques Ziller, « Le contrôle du pouvoir réglementaire en Europe », AJDA, 1999, p. 635.

¹¹³ Michel Fromont, *Droit administratif des Etats Européens*, PUF, 2006.

3. Auteurs des actes administratifs à portée générale

Les autorités susceptibles de prendre des actes administratifs à portée générale varient selon les échelons central et local.

a) *Au niveau central*

En droit italien, la compétence règlementaire peut varier *rationae materiae* ou *rationae loci*. Le Gouvernement, ainsi que l'ensemble des ministres, est titulaire du pouvoir règlementaire ; cependant, en vertu de l'article 17.3 de la loi n° 400/1988, les ministres peuvent être, même individuellement, titulaires du pouvoir règlementaire¹¹⁴.

b) *Au niveau local*

En Italie, toutes les autorités régionales disposent d'un pouvoir législatif. En vertu de l'article 127 de la Constitution italienne, le Gouvernement peut intenter une action devant la Cour constitutionnelle dans les soixante jours de la publication d'une loi régionale lorsqu'il estime qu'une région a excédé sa compétence¹¹⁵. Par ailleurs, les actes régionaux (actes des entités locales, *enti locali*) sont soumis au contrôle de la juridiction administrative dans les conditions du droit commun¹¹⁶.

B. Elaboration et contenu des règlements administratifs

¹¹⁴ V. pour plus de précisions, Maurizio Pedrazza Gorlero, *Le fonti dell'ordinament repubblicano*, Giuffrè Editore, 2010, p. 155.

¹¹⁵ Art. 127 de la Constitution Italienne : « Lorsque le gouvernement estime qu'une loi régionale excède la compétence de la Région, il peut saisir la Cour Constitutionnelle, dans les soixante jours qui suivent son application ».

¹¹⁶ V. NOTE sur »Le contrôle de la légalité « des actes des collectivités territoriales (Allemagne – Espagne – Italie – Pays-Bas – Portugal –Royaume-Uni (Écosse et Angleterre) (Cette note a été publiée dans le rapport d'information de M. Jacques MÉZARD, sénateur, « Prendre acte de la décentralisation : pour une rénovation indispensable des contrôles de l'État sur les collectivités territoriales », fait au nom de la délégation aux collectivités territoriales, n° 300 (2011-2012) – 25 janvier 2012), pp. 19-22, Ce rapport est disponible sur internet à l'adresse suivante : <http://www.senat.fr/notice-rapport/2011/r11-300-notice.html>

1. L'élaboration des règlements administratifs

En vertu des dispositions de la loi n° 241 du 7 août 1990, toujours en vigueur, l'élaboration des règlements est soumise aux mêmes règles que les décisions administratives individuelles. Cependant, il paraît que plusieurs dispositions de la loi sont déclarées expressément inapplicables aux règlements administratifs ; c'est le cas, notamment, des règles relatives à la motivation (art. 3, loi n° 241/1990), à la participation des personnes privées (art. 13, loi n° 241/1990) ou encore à l'accès aux documents administratifs (art. 24, loi n° 241/1990). Leur forme est nécessairement écrite et la règle de publicité leur est appliquée.

Par ailleurs, pour mieux appréhender la nature des actes administratifs à portée générale en Italie, il est nécessaire de présenter les règles relatives à leur contenu.

1. Le contenu des actes administratifs réglementaires¹¹⁷

Les actes administratifs réglementaires, qui dans certains cas peuvent être pris pour l'application d'une loi (b), sont subordonnés à la loi, ainsi qu'à l'ensemble des lois existantes. En Italie, une autorisation législative au profit des autorités gouvernementales n'est pas nécessaire pour exercer le pouvoir réglementaire, puisque ce pouvoir est directement conféré au Gouvernement par la Constitution (a). En outre, la Constitution italienne autorise les autorités gouvernementales à modifier la législation en prenant des actes administratifs réglementaires sous forme de décrets législatifs (c). En dernier lieu, les principes extralégaux déduits de textes constitutionnels trouvent à s'appliquer aux actes administratifs réglementaires de la même manière qu'aux actes administratifs individuels (d).

Plus précisément :

a) La nécessité d'une autorisation législative

En règle presque générale, une autorisation législative est nécessaire à toute autorité exécutive ou administrative, étatique ou décentralisée pour l'exercice d'un pouvoir réglementaire.

¹¹⁷ Pour plus de précisions, V. Michel Fromont, *Droit administratif des Etats Européens*, PUF, 2006, pp. 289 – 295.

Toutefois, en Italie, cette règle connaît une exception : le pouvoir réglementaire est directement accordé au Gouvernement par la Constitution italienne : la règle de l'autorisation législative ne s'applique alors pas.

b) Le cas des règlements d'application de la loi

En droit italien, de règlements d'application de la loi¹¹⁸ existent. Le respect de la loi – dont l'application est opérée à travers le règlement –, impose à l'autorité qui édictera le règlement de veiller à ne pas contredire les règles contenues dans la loi, ainsi qu'à ne pas dépasser les limites d'interprétation de ces règles, à travers une interprétation restrictive ou arbitraire de leurs contenu et portée.

c) Le cas des décrets

L'obligation de subordination de l'acte administratif réglementaire à la loi découle du respect de la hiérarchie des normes. Cette obligation est contrôlée de manière objective et abstraite. Cependant, par dérogation à la règle de subordination de l'acte administratif réglementaire à la loi, les autorités gouvernementales peuvent prendre des règlements modifiant la législation existante, dans deux cas.

i) Dans le cadre des décrets législatifs

Le législateur autorise – pour une durée déterminée – le Gouvernement à apporter des modifications à la législation dans des domaines précis. En Italie, le règlement porte alors le nom de décret législatif (*decreto legislativo*, art. 76 de la Constitution italienne).

ii) Dans le cadre des décrets-lois

¹¹⁸ Il s'agit de règlements visant à définir les modalités d'application de la loi.

La Constitution autorise les autorités gouvernementales à prendre des mesures d'urgence pendant une période de crise, allant à l'encontre de lois en vigueur. En Italie, le règlement porte, en l'occurrence, le nom de décret-loi et il est pris en vertu de l'art. 77 de la Constitution (*decreto-legge*). La Constitution italienne dispose que le Gouvernement peut faire usage de son pouvoir réglementaire quasi-législatif « *dans les cas extraordinaires de nécessité et d'urgence* ». Le règlement adopté a « force de loi » : il peut s'opposer à toute disposition législative. Toutefois, l'existence de règles relatives à l'obligation de validation législative de ces actes (qui doit avoir lieu dans les soixante jours sous peine de déclarer les actes inapplicables rétroactivement) limite l'intérêt de recourir à cette possibilité.

d) Le respect des principes extralégaux

Les principes extralégaux, dits également « principes généraux de droit », sont reconnus en Italie par la jurisprudence et la doctrine. Les plus importants sont le principe d'égalité, le principe de proportionnalité et le principe de sécurité juridique. Ces trois principes ont vocation à s'appliquer également aux règlements administratifs.

i) Le principe d'égalité

En Italie, comme dans tous les pays européens, le principe d'égalité est applicable aux actes administratifs réglementaires. Ce principe impose l'adoption de règles générales valables pour tous et applicables à tous.

ii) Le principe de proportionnalité

Ce principe, reconnu par un arrêt du Conseil d'Etat en date du 18 février 1922¹¹⁹, s'impose aux autorités réglementaires¹²⁰. Il est étroitement lié au principe de rationalité¹²¹ avec lequel il

¹¹⁹ Consiglio di Stato, 18 février 1922, in Pasquini, Sandulli, *Le grandi Decisioni del Consiglio di Stato*, Milan, 2001, n° 52.

¹²⁰ Le contrôle d'un acte administratif à portée générale constitue principalement un contrôle de légalité ; cependant, le juge s'autorise de contrôler la proportionnalité. V. en ce sens : Séminaire du 12 décembre 2005 à Trèves, organisé par l'Association des Conseils d'Etat et des juridictions administratives suprêmes de l'Union Européenne, sur le sujet de « La justice administrative en Europe », questionnaire relatif à l'inventaire et à la typologie du contrôle de l'administration dans les 25 Etats membres de l'Union Européenne, Rapport de l'Italie, p. 12 : « *Le contrôle effectué par le juge administratif n'est qu'un contrôle de légalité. Cela signifie que le juge*

partage un objectif commun, celui consistant à protéger les libertés et les droits des individus par le truchement d'un bilan des intérêts en présence.

iii) Le principe de sécurité juridique

En droit italien, le principe de sécurité juridique est souvent déduit du principe de bonne foi et de protection de la bonne foi.

II. Identification du contrôle juridictionnel portant sur les actes administratifs à portée générale

A. Nature du contrôle

Tous les actes administratifs peuvent, en principe, être contestés devant le juge administratif. Bien que l'acte réglementaire soit un acte administratif comme les autres¹²², les règles régissant sa validité, ses effets et son abrogation sont différentes. En Italie, les seuls actes insusceptibles de recours sont les actes à caractère politique¹²³. L'*atto politico*¹²⁴ correspond aux « actes de gouvernement » français qui ne constituent donc pas une spécificité française. Ces actes bénéficient d'une immunité totale du fait de leur contenu relatif à l'exercice de fonctions gouvernementales et sont, par essence donc, insusceptibles de recours

doit vérifier si le choix, même discrétionnaire, effectué par l'administration, est resté dans le cadre de la légalité des options que l'administration concernée avait à sa disposition. S'il en est ainsi, le juge ne peut vérifier le fond de la décision prise (l'opportunité d'un autre choix parmi les options autorisées par la loi). Ceci cependant ne signifie pas que le contrôle soit purement formel, dans la mesure où le contrôle de légalité est de nos jours particulièrement poussé, le juge pouvant examiner le bien-fondé et la proportionnalité du choix effectué. Par conséquent, s'il était par exemple possible pour l'administration de prendre une décision permettant de réaliser l'intérêt public moyennant un sacrifice moindre pour le justiciable, il s'agirait là d'un défaut de légalité pouvant être relevé par le juge ».

¹²¹ A. Sandulli, « Il procedimento », in S. Cassese, *Trattato di diritto amministrativo*, 2e éd., Milan, 2003, p. 1022.

¹²² V. en ce sens au point I. A. 2., page 5.

¹²³ V. Actes du séminaire du 12 décembre 2005 à Trèves, organisé par l'Association des Conseils d'Etat et des juridictions administratives suprêmes de l'Union Européenne, sur le sujet de « La justice administrative en Europe », questionnaire relatif à l'inventaire et à la typologie du contrôle de l'administration dans les 25 Etats membres de l'Union Européenne, Rapport de l'Italie.

¹²⁴ Pour plus de précisions, v. Elio Casetta, *Compendio di diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, 2011, pp. 17 et 444 ; Elio Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, 2011, pp. 40 et 694 ; Gianluca Morri, Fabio Pontrandolfi, Stefano Tenca, *Compendio di diritto amministrativo*, CELT Casa Editrice La Tribuna, 2012, § 3.7. Atti politici et atti di altra amministrazione ;

juridictionnel¹²⁵. En Italie, les actes administratifs peuvent être soumis à deux types de contrôle : un contrôle non-juridictionnel et un contrôle juridictionnel.

1. Le contrôle non juridictionnel des actes administratifs à portée générale

L'Italie a instauré une procédure spécifique de recours aux modes alternatifs de règlement des litiges. En matière d'actes administratifs individuels, un recours à l'arbitrage, d'une part, a été créé pour les litiges concernant des droits subjectifs relevant de la compétence du juge administratif. D'autre part, le recours au « défenseur civique » permet une médiation entre un particulier et l'administration sans restreindre le droit d'exercer ultérieurement un recours juridictionnel. Notons, toutefois, que le pouvoir de décision du défenseur civique est limité¹²⁶.

En matière d'actes administratifs à portée générale, il existe des possibilités de recours au contrôle non juridictionnel. Plus précisément, la fonction de la Cour des comptes illustre bien, en Italie, un type de contrôle *ex ante* proche du contrôle juridictionnel. En particulier, celle-ci peut procéder à un contrôle de la régularité juridique des règlements indépendamment de l'avis du Conseil d'Etat et au-delà des seules dimensions liées aux finances publiques ; son accord conditionne l'entrée en vigueur de l'acte qui gagne alors en importance. Le Parlement peut également jouer un rôle important dans le contrôle *ex ante* des actes réglementaires. En Italie, la procédure de recours aux « décrets-lois » et aux « décrets-législatifs » constitue, comme évoqué ci-avant, une variable du contrôle non-juridictionnel des actes à portée générale s'approchant des actes législatifs. En outre, un recours extraordinaire devant le Président de la République est possible. Dans ce cadre de ce recours, le Président de la République statue à l'occasion de la procédure consultative du Conseil d'Etat au cours de laquelle ce dernier émet un avis sur l'exercice du pouvoir réglementaire. Cette procédure est régie par des garanties analogues à celles d'une procédure contentieuse¹²⁷. En dernier lieu, le

¹²⁵ L'immunité juridictionnelle de ces actes alimente depuis des années une polémique, surtout vis-à-vis de l'article 13 de la Convention Européenne des droits de l'homme qui instaure le droit à un recours effectif et qui dispose que « Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ».

¹²⁶ A titre d'exemple, l'administré peut faire recours au Défenseur civique à l'occasion d'un litige ayant comme objet son droit d'accès aux documents administratifs.

¹²⁷ Séminaire du 12 décembre 2005 à Trèves, organisé par l'Association des Conseils d'Etat et des juridictions administratives suprêmes de l'Union Européenne, sur le sujet de « La justice administrative en Europe », questionnaire relatif à l'inventaire et à la typologie du contrôle de l'administration dans les 25 Etats membres de l'Union Européenne, Rapport de l'Italie, pp. 15-16 : « la Cour de justice des Communautés européennes, par un arrêt du 16 octobre 1997 dans les affaires réunies C-69/96 à C-79/96, a jugé recevable le renvoi d'une question préjudicielle par le Conseil d'Etat saisi pour avis dans le cadre de la procédure relative au recours extraordinaire devant le Président de la République, reconnaissant ainsi au Conseil d'Etat en cette formation consultative le caractère de juridiction autorisée à soumettre une question préjudicielle ».

peuple dispose du pouvoir de pétition ou du droit de demander un référendum abrogatif, dont l'exercice ferait disparaître le règlement, alors dépourvu de base légale.

2. Modalités du contrôle juridictionnel des actes administratifs à portée générale

Certaines modalités du contrôle du juge sur les actes administratifs à portée générale sont identiques à celles appliquées au contrôle des actes administratifs individuels, tandis que d'autres sont soumises à un régime spécial propre aux actes réglementaires.

a) *Obligation de recours préalable*

Le droit italien ne fait pas dépendre la saisine du juge administratif de l'épuisement préalable des voies de recours. Ainsi, le requérant qui agit contre un acte administratif, individuel ou réglementaire n'a pas à agir prioritairement devant l'administration et peut saisir directement le juge. Le recours juridictionnel est ainsi considéré recevable même lorsqu'un recours préalable n'a pas été exercé. Historiquement, le recours administratif préalable au recours contentieux était obligatoire en Italie et ce n'est qu'avec l'adoption de la loi du 6 décembre 1971 qu'il est devenu facultatif.

b) *Procédure*

Le délai pour former un recours devant le juge administratif est de soixante jours (article 29 du *codice del processo amministrativo*) à compter de la connaissance de l'acte attaqué, c'est-à-dire de la publication¹²⁸, pour les actes administratifs à portée générale. Conformément à

¹²⁸ V. actes du Colloque du 7 juin 2012 de l'Association des Conseils d'Etat et des Juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne, sur le sujet « Prévenir des arrières dans la justice administrative », Réponses du Conseil d'Etat italien, p. 2 : « *Un recours contre un acte administratif (compétence en matière d'intérêts légitimes) doit être introduit devant le TA (juridiction de premier degré dans l'ordre administratif) dans les soixante jours suivant la date à laquelle la personne intéressée a eu connaissance de l'acte. Le délai est identique pour les recours introduits devant le CE (juge d'appel). Lorsqu'un recours est fondé sur la violation de droits subjectifs, ce n'est pas le délai de soixante jours pour les demandes initiales devant les TA qui s'applique, mais le mécanisme de la prescription (prescrizione). Selon l'article 40, second paragraphe, du décret royal n° 1054 du 26 juin 1924, et l'article 25 de la loi n° 1034 du 6 décembre 1971, si les parties s'abstiennent de toute diligence procédurale pendant un délai de deux ans à compter de l'introduction d'un recours, ledit recours est considéré comme ayant été abandonné* ».

l'article 59 de la loi n° 69 du 18 juin 2009, si un juge s'estime incompétent et si la requête est transférée dans les trois mois qui suivent devant un juge compétent, ce dernier considère la demande comme une demande originelle, et cela sans tenir compte du délai écoulé depuis le dépôt de la demande initiale (principe de *translatio judicii*)¹²⁹. La requête doit être obligatoirement déposée par un avocat (article 22 du *codice del processo amministrativo*), sauf dans des cas spécifiques où un particulier peut contester l'acte directement¹³⁰. Le juge administratif italien motive ses décisions de façon détaillée et sans omettre de répondre à l'ensemble des moyens soulevés par le requérant. Depuis 2000, le juge peut motiver ses décisions de manière synthétique, en se référant à un précédent ou à un motif d'irrecevabilité manifeste ou d'absence de fondement du recours.

L'exposé des motifs de fait et de droit de la décision juridictionnelle doit contenir des références à la jurisprudence précédente sur laquelle le juge s'est appuyé pour fonder sa motivation¹³¹. L'article 88, paragraphe 3, du code de procédure administrative prévoit l'application de l'article 118, paragraphe 3 du code de procédure civile qui dispose que « *dans tous les cas (dans la décision du juge) doit être omise toute mention à la doctrine* »¹³².

c) Intérêt à agir

Traditionnellement, la notion de l'intérêt à agir est double : l'objective et la subjective. Ces deux conceptions emportent des conséquences sur la recevabilité des actes administratifs contestés¹³³. Selon la conception objective, le recours en annulation est un recours purement objectif, dans le cadre duquel le juge vise seulement à rétablir la légalité. Selon la conception subjective, le requérant doit avoir subi un préjudice touchant ses droits subjectifs (une

¹²⁹ Roberto Chieppa, Roberto Giovagnoli, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, 2011, p. 152. Plus précisément, l'article 23 du *codice del processo amministrativo* prévoit certaines exceptions à la règle du ministère d'avocat, notamment en matière électorale ou de droit au séjour pour les ressortissants communautaires.

¹³⁰ Par exemple, pour les actes relatifs au droit d'accès aux documents administratifs.

¹³¹ Art. 88, paragraphe 2, du Code de procédure administrative.

¹³² Pour plus de précisions V. Elio Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, 2011, p. 888 ; Maria Vittoria Lumetti, *Processo amministrativo e tutela cautelare*, 2012, p. 313 ; Francesco Bartolini, *Il nuovo processo amministrativo*, 2013 ; Maria Alessandra Sandulli, *Il nuovo processo amministrativo. Studi e contributi*, Volume 1, p. 145, 2013 ; Nazareno Saitta, *Sistema di giustizia amministrativa*, 2012, p. 327.

¹³³ Chaque requérant doit avoir un intérêt à agir pour demander l'annulation d'un acte administratif, sous peine d'irrecevabilité du recours.

situation juridique subjective)¹³⁴. En ce sens, un recours contre un acte administratif à portée générale – dont les effets vont au-delà des intérêts des requérants et qui a souvent un effet *erga omnes*¹³⁵ – ne peut être recevable que sur la base de la conception objective de l'intérêt à agir. Dans ce contexte, il ne serait possible pour le juge administratif d'examiner l'acte administratif à portée générale que par voie d'exception.

En vertu des dispositions de l'article 103, premier paragraphe, de la Constitution italienne, le Conseil d'Etat et les autres organes de justice administrative sont compétents pour assurer la protection d'intérêts légitimes à l'encontre de l'administration mais également la sauvegarde de droits subjectifs dans des matières spécifiquement déterminées par la loi¹³⁶. Cette disposition constitue la preuve d'une évolution de la justice administrative en Italie, qui tend à valoriser le rôle du juge, non seulement en tant que contrôleur de l'administration, mais également en tant que protecteur de l'individu¹³⁷. Cette évolution est étroitement liée à la conception de l'intérêt à agir. Elle démontre qu'en Italie la conception de l'intérêt à agir est mixte, dans le sens où « *l'Italie connaît une situation intermédiaire (recours en annulation d'un acte violant une règle de droit objectif, contentieux de la juridiction exclusive en cas de lésion d'un droit subjectif, mais vérification de sa conformité au droit objectif dans ce cas-là aussi)* »¹³⁸. La justice administrative italienne peut ainsi connaître directement des recours en annulation contre des actes administratifs à portée générale.

¹³⁴ Cette distinction entre les recours fondés sur des intérêts légitimes (*interessi legittimi*) et ceux fondés sur des droits subjectifs (*diritti soggettivi*) en Italie correspond à la distinction classique du contentieux administratif français entre le recours pour excès de pouvoir et le recours de plein contentieux.

¹³⁵ V. Caroline Capelle, « Acte administratif et justice administrative en Europe », RFDA 2008 p. 258 s. : « *L'impact de l'acte administratif individuel paraît presque, à cet égard, évalué à l'aune de celui des actes juridiques émanant des personnes privées, car est prioritairement envisagé l'effet de l'acte individuel quant aux droits et obligations de l'individu et non quant à ses conséquences sur l'ordonnancement juridique général, selon une approche rappelant le contrôle opéré par le juge judiciaire français sur les actes de droit privé et leurs implications pour les personnes destinataires. Une telle approche impose que le requérant fasse état de la lésion d'un de ses propres droits subjectifs pour que le recours puisse être accueilli, ce qu'il semble difficile de démontrer à l'égard d'un acte ayant une portée erga omnes. En ce sens, il est possible de considérer que ce n'est pas directement la mise en cause d'un règlement administratif qui pousse le juge administratif à refuser d'en connaître, mais l'absence, dans cette hypothèse, d'un intérêt à agir suffisant pour le requérant. La solution s'attache ici, bien sûr, à l'acte, mais sous le seul aspect de sa portée générale, laquelle se heurte aux conditions restrictives touchant l'accès au prétoire. La justification contentieuse commandant l'exclusion de l'acte réglementaire hors du contrôle juridictionnel administratif peut être considérée comme se fixant prioritairement sur la question de l'intérêt à agir du requérant, et non sur la nature de l'acte même* ».

¹³⁶ Il est à noter que l'article 7 du *codice del processo amministrativo* reconnaît la compétence à la juridiction administrative pour juger tous les litiges concernant la violation des intérêts légitimes du requérant et, dans certaines matières fixées par la loi, les litiges relatifs à la violation de ses droits subjectifs.

¹³⁷ V. Michel Fromont, « Les pouvoirs d'injonction du juge administratif en Allemagne, Italie, Espagne et France Convergences », RFDA 2002 p. 551 s. : « *pratiquement tous les systèmes européens s'expliquent par la combinaison de deux conceptions en partie antagonistes de la justice administrative, celle qui fait du juge le contrôleur de l'administration et celle qui fait de lui le protecteur de l'individu* ».

¹³⁸ Hélène Pauliat, « Les convergences européennes dans le déroulement du procès administratif », RFDA, 2008, p. 225.

d) Cas d'ouverture

Le législateur italien a adopté le système français de classification des moyens d'annulation des actes administratifs. Dès lors, ces moyens correspondent à différents cas d'ouverture¹³⁹. En vertu de l'article 29 du *codice del processo amministrativo*, il est possible de contester devant le juge administratif un acte pour méconnaissance de la loi, pour incompétence et pour excès de pouvoir. L'article 21 de la loi n° 241/1990 sur la procédure administrative dispose également que l'acte administratif peut être annulé s'il est pris en violation de la loi ou s'il est entaché de détournement de pouvoir ou d'incompétence. Le requérant a le droit d'invoquer de nouveaux moyens de recours dits « additionnels ». Ces moyens doivent être portés à la connaissance des parties adverses au moyen de la procédure de notification. De nouveaux arguments juridiques, à l'appui des moyens déjà évoqués, peuvent être soulevés jusqu'à l'audience¹⁴⁰.

A. Types de contrôle juridictionnel

Le *codice del processo amministrativo* classe les différents types de recours juridictionnels en quatre catégories : a) l'action en annulation (article 29 du *codice*), b) l'action en condamnation (article 30 du *codice*), c) l'action contre le silence de l'administration (article 31, points 1 à 3 du *codice*) et d) l'action en reconnaissance de nullité (article 31, point 4 du *codice*).

L'évolution de la conception de l'intérêt à agir en Italie ainsi que la « subjectivisation »¹⁴¹ du contrôle dans le cadre du recours en annulation¹⁴² contribuent à faire reconnaître au requérant le droit d'introduire un recours direct, c'est-à-dire à titre principal, contre un acte administratif à portée générale devant la juridiction administrative. Par ailleurs, existe aussi un contrôle incident, dans le cadre duquel la vérification de la conformité au droit est effectuée à l'appui d'une requête introduite contre un acte d'application de l'acte administratif à portée générale.

¹³⁹ Michel Fromont, *Droit administratif des Etats Européens*, PUF, 2006, p. 198 ; en vertu des dispositions de l'article 26, al. 1, du texte unique des lois sur le Conseil d'Etat du 26 juin 1924, « Il revient au Conseil d'Etat siégeant en formation juridictionnelle de statuer sur les recours pour incompétence, excès de pouvoir ou violation de la loi contre les actes et mesures d'une autorité administrative ou d'un organe administratif délibérant ».

¹⁴⁰ Sur les deux derniers points, v. Séminaire du 12 décembre 2005 à Trèves, *op. cit.*, p. 10.

¹⁴¹ V. Hélène Pauliat, « Les convergences européennes dans le déroulement du procès administratif », RFDA, 2008, p. 225 s : « En réalité, plusieurs interprétations peuvent être retenues pour cette tendance à une « subjectivation » du contrôle ; mais il semble que, globalement, les juridictions administratives en Europe tendent à considérer l'administration ou les autorités administratives comme des requérants ou des « administrés » comme les autres, sous réserve des nécessités liées à l'intérêt général ».

¹⁴² c. ci-dessus, II. A. 2. c) intérêt à agir, p. 14.

1. Contrôle à titre principal (recours direct en annulation)

L'examen de la conformité d'un acte administratif à portée générale peut être opéré à titre principal par les juridictions administratives. Toutefois les juges font usage de cette possibilité de manière restrictive. Tout acte administratif à portée générale peut alors faire l'objet d'un recours en annulation formé par une personne dont les intérêts légitimes ont été lésés. Cependant, il existe une exception qui impose que « *le Conseil d'Etat déclare irrecevables les recours dirigés contre les règlements qui ne sont pas immédiatement applicables, c'est-à-dire qui servent seulement de fondement à des décisions administratives individuelles* »¹⁴³.

2. Contrôle à titre incident (l'exception d'illégalité)

Le contrôle à titre incident, c'est-à-dire à l'occasion d'un procès dirigé initialement contre un autre acte, correspond à la conception de l'exception d'illégalité du droit français. En droit italien, cette opération constitue la technique principale de contrôle des actes administratifs à portée générale. Toutefois, deux précisions s'imposent : a) le délai pour opposer l'exception d'illégitimité est, comme en droit français, perpétuel, à savoir le contrôle incident peut être exercé à tout moment. La position selon laquelle le juge administratif italien ne pouvait pas vérifier à titre incident la régularité d'un acte administratif réglementaire qui n'avait pas fait l'objet d'un recours en annulation dans les délais a été abandonnée durant les années 1990 par une série de décisions du Conseil d'Etat¹⁴⁴ ; b) La validité d'un acte réglementaire peut être également contrôlée à titre incident par les juridictions de l'ordre judiciaire.

¹⁴³ Michel Fromont, *Droit administratif des Etats Européens*, PUF, 2006, p. 275 s. V. chez le même auteur, Michel Fromont, « La justice administrative en Europe : différences et convergences », RFDA, 2008, p. 267 : « Quant au recours direct en annulation, il n'est admis contre un règlement que de façon restrictive dans les pays ayant des juridictions administratives proprement dites, et, même dans les pays dotés d'une Conseil d'Etat comme l'Italie, le recours contre le règlement administratif n'est déclaré recevable qu'avec difficulté, car la notion d'intérêt personnel y est entendue de façon beaucoup plus étroite qu'en droit français ». V. également Jacques Ziller, « Le contrôle du pouvoir réglementaire en Europe », AJDA, 1999, p. 635 s. : « En Italie, la situation paraît dans la pratique aussi simple en matière de règlements que complexe en matière d'actes individuels. Malgré les difficultés de délimitation de compétences dues à la distinction entre droits subjectifs, dont la protection est assurée par la juridiction ordinaire, et intérêts légitimes, protégés par la juridiction administrative, il n'y a guère de possibilité de contrôle concret des actes réglementaires. Le juge judiciaire ne peut en tout état de cause qu'utiliser la technique de l'exception d'illégalité et le juge administratif déclare en général le recours en annulation contre un règlement irrecevable. En effet, il considère qu'un règlement ne peut pas en lui-même léser un intérêt et que sa légalité peut uniquement être contestée, par voie d'exception, dans le cadre d'un recours contre une décision individuelle d'application du règlement ».

¹⁴⁴ V. le commentaire de la décision CE, 22 janvier 1936, in G. Pasquini, A. Sandulli, *Le grande decisioni del Consiglio di Stato*, Milan, 2001, n° 16.

3. Contrôle de responsabilité

En Italie, le contentieux des dommages causés par les décisions administratives¹⁴⁵ est attribué au juge administratif, tandis que le contentieux de la réparation de dommages matériels est confié au juge judiciaire. La loi n° 89 de 2001 a introduit le droit d'exiger une réparation en cas de non-respect du délai raisonnable du jugement. De cette manière, le législateur italien s'est aligné sur les exigences découlant de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (article 5). L'article 30 du *codice del processo amministrativo* prévoit qu'une action en condamnation (*azione di condanna*) peut avoir pour objet le paiement d'une somme d'argent (lorsque le litige porte sur la violation d'un droit subjectif), la réparation de préjudices (lorsque le litige porte sur la lésion d'intérêts légitimes) ainsi que l'adoption de mesures visant à régulariser la situation juridique subjective. Par ailleurs, en vertu des dispositions des articles 113, point 3, et 114, point 1.e), du *codice del processo amministrativo*, le juge peut condamner l'administration à la réparation du préjudice causé par la non-exécution de la décision de justice.

4. Contrôle de constitutionnalité

Nous avons noté précédemment que les juges peuvent apprécier à titre incident la légalité d'un règlement, qu'il soit autonome ou pris en application d'une loi. Le contrôle de la légalité des actes réglementaire est ainsi diffus, c'est-à-dire qu'il peut être exercé par toutes les juridictions de droit commun. Dans les pays disposant d'une Cour constitutionnelle, comme c'est le cas en Italie, le contrôle de la constitutionnalité des actes réglementaires prend un autre sens, grâce au contrôle de la constitutionnalité des lois. Plus précisément, dans les Etats où un système de question préjudicielle existe, comme c'est le cas en Italie, « *les requérants pourront soulever la question de la constitutionnalité de la loi sur laquelle se fonde le règlement, ce qui peut aboutir à l'annulation de la loi et, en conséquence, au retrait du*

¹⁴⁵ V. Michel Fromont, « Les pouvoirs d'injonction du juge administratif en Allemagne, Italie, Espagne et France Convergences », RFDA 2002 p. 551 s. : « *les tribunaux administratifs régionaux reçurent la compétence de condamner l'administration à payer des sommes d'argent (art. 26 de la loi du 6 décembre 1971), droit qui a d'ailleurs été étendu par le décret-loi du 31 mars 1998 qui a attribué aux tribunaux administratifs le contentieux de la responsabilité du fait des services publics (au sens d'activités de prestations) et de l'administration de l'urbanisme* ».

règlement pour défaut de base légale. La doctrine italienne qualifie ce mécanisme de contrôle “oblique” de la constitutionnalité des règlements »¹⁴⁶.

B. L'étendue & l'intensité du contrôle du juge

1. Les particularités du contrôle incident

Etant donné que le contrôle d'un acte administratif à portée générale par le juge italien s'effectue principalement par la voie d'un examen incident, il convient de se demander si, dans le cadre de ce contrôle, le juge peut employer les mêmes techniques que celles utilisées lors du contrôle (à titre principal) d'un acte administratif individuel. En outre, se pose la délicate question de savoir si les techniques de contrôle du pouvoir discrétionnaire sont applicables lors d'un contrôle incident.

2. Méthodes de contrôle

En Italie, le juge administratif italien exerce un contrôle sur les actes administratifs en se référant aux cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir¹⁴⁷. Parmi les trois cas d'ouverture (incompétence, excès de pouvoir et violation de la règle de droit)¹⁴⁸, celui de l'excès de pouvoir regroupe à la fois le contrôle du détournement de pouvoir et des différents cas d'illégalité relative aux motifs¹⁴⁹. Lorsque le Conseil d'Etat statue comme instance d'appel, il peut connaître des questions de fait. Cependant, *« le contrôle effectué par le juge administratif se limite à un contrôle de légalité après avoir pris en considération les questions de fait. Cela signifie que le juge administratif doit vérifier si la décision de l'administration, même prise dans le cadre de ses pouvoirs, est demeurée dans les limites de la loi, au vu des options que l'administration avait à sa disposition. Si tel est le cas, le juge administratif ne peut pas examiner le fond de la décision (possibilité d'une décision différente au vu des options autorisées par la loi) »¹⁵⁰.*

¹⁴⁶ Jacques Ziller, « Le contrôle du pouvoir réglementaire en Europe », AJDA, 1999, p. 635.

¹⁴⁷ V. ci-dessus, II. A. 2. d), p. 16.

¹⁴⁸ Article 21, premier paragraphe, Loi n° 241/1990.

¹⁴⁹ Cerulli-Irelli, *Corso di diritto amministrativo*, 2002, Torino, Giappichelli, p. 581.

¹⁵⁰ Colloque du 7 juin 2010, « Prévenir des arrières dans la justice administrative, Réponses du Conseil d'Etat italien », questionnaire préparé par le Prof. Dr. Ruses Ergen, p. 1.

Le contrôle effectué par le juge sur les actes administratifs à portée générale est un contrôle de légalité, c'est-à-dire celui-ci ayant le pouvoir d'examiner la proportionnalité du choix effectué¹⁵¹. En Italie, l'étendue du contrôle juridictionnel des motifs des actes administratifs est liée à la distinction entre pouvoir discrétionnaire et compétence liée. Le juge opère un contrôle restreint en cas de pouvoir discrétionnaire de l'administration. Par ailleurs, la conception de la notion du pouvoir discrétionnaire en Italie présente des particularités. Plus précisément, le contrôle autorisé en cas de pouvoir discrétionnaire dépend, d'une part, de la qualification de ce pouvoir comme un pouvoir traditionnel ou technique¹⁵². La loi de 1990 sur la procédure administrative italienne, d'autre part, a introduit la possibilité pour les particuliers de conclure des accords avec l'administration pour négocier certains de ses choix discrétionnaires¹⁵³. En dernier lieu, l'annulation pour simple vice de forme ou de procédure n'est pas souhaitable si le contenu de l'acte ne pouvait être différent¹⁵⁴. Cette règle d'origine jurisprudentielle – désormais codifiée à l'article 21, point 2, de la loi n° 241/1990 –, renvoie à la notion française de compétence liée.

C. Les effets de la décision d'annulation

L'annulation d'un acte administratif – à portée générale ou individuelle –, suscite des questions notamment relatives à la procédure d'exécution du jugement d'annulation.

En Italie, l'exécution des décisions rendues par le juge administratif est garantie par une procédure d'exécution forcée. Le requérant qui bénéficie de l'autorité de la chose jugée peut former un recours pour obtenir une injonction. Le juge a ainsi le pouvoir, par l'intermédiaire d'un jugement dit d'obtempération ou « en obéissance » (*giudizio di ottemperanza*)¹⁵⁵,

¹⁵¹ Sur ce point voir I.B.2.d) ii), p. 9.

¹⁵² V. F. Lafarge, « Le contrôle des décisions de l'administration en Italie », *AJDA*, 1999, p. 681 et s. Selon cet auteur, le juge peut effectuer, dans le cas du pouvoir discrétionnaire ou naturel de l'administration, un contrôle qui porte sur la contradiction entre motifs et dispositif, la disparité du traitement, le détournement de pouvoir et l'erreur d'appréciation des faits ; le juge refuse de contrôler lorsque l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire dans des matières techniques.

¹⁵³ V. l'article 11 de la loi n° 241/1990 du 7 août 1990 (modifié par l'art. 7 de la Loi du 11 février 2005, n° 15) sur la procédure administrative : « Dans le respect des observations et propositions présentées conformément à l'article 10, l'administration peut conclure, sans préjudice des droits des tiers, et en tout cas dans la poursuite de l'intérêt public, des accords avec les parties intéressées afin de déterminer le contenu de son pouvoir discrétionnaire ». En ce sens, v. également W. Gasparri et S. Torricelli, *Veille de droit administratif italien*, *Droit Administratif*, 2006, n° 1, p. 18.

¹⁵⁴ W. Gasparri et S. Torricelli, « Veille de droit administratif italien », *Droit Administratif*, 2006, n° 1, p. 19.

¹⁵⁵ Michel Fromont, « La justice administrative en Europe : différences et convergences », *RFDA*, 2008, p. 267 : « En Italie, le législateur est resté longtemps inactif et la loi n° 203 de 2000 a simplement conforté la jurisprudence novatrice du Conseil d'Etat en cette matière. En effet, depuis 1928, le Conseil d'Etat reconnaît au juge administratif les mêmes pouvoirs qu'au juge ordinaire à l'encontre de (suite p. 6) l'administration qui

d'ordonner à l'administration d'exécuter une décision de justice dans un délai déterminé (article 114 del *codice del processo amministrativo*). Ce droit est reconnu au Conseil d'Etat par l'article 27 du décret royal du 26 juin 1924 et aux tribunaux administratifs régionaux par la loi n° 205 du 21 juillet 2000 et il a été codifié à l'article 34, point 1, c. du *codice del processo amministrativo*.

Le juge italien peut également avoir recours à une autre procédure afin d'obliger l'administration à se conformer à l'autorité de la chose jugée. Plus précisément, il peut nommer un auxiliaire/délégué du tribunal (*commissario ad acte*) qui l'assistera en prenant toute mesure nécessaire à l'exécution de la décision.

Par ailleurs, une procédure que l'on pourrait qualifier d'« exécution de substitution »¹⁵⁶ a été mise en place. Dans le cadre de cette procédure, le juge ou son auxiliaire peuvent contribuer à l'exécution du jugement en se substituant à l'administration. Dès lors, ils remplacent ou modifient les actes déclarés illégaux pris par l'administration¹⁵⁷. Il est notable que le législateur italien a préféré accorder au juge un pouvoir de substitution, plutôt qu'un pouvoir de sanction pécuniaire, envers l'administration qui n'exécute pas la décision de justice¹⁵⁸. Pour résumer, le juge peut soit prendre toutes les mesures nécessaires afin d'exécuter la décision de justice, soit se substituer à l'administration et modifier les actes qui ont été pris en violation du droit.

B. Bibliographie

n'exécute par la chose jugée : le jugement en "obéissance" (giudizio di ottemperanza) peut définir les mesures à prendre par l'autorité administrative pour se conformer à la chose jugée et même charger un délégué du tribunal (commissario ad acta) de prendre toutes les mesures qui s'imposent » ; Michel Fromont, *Droit administratif des Etats Européens*, PUF, 2006, pp. 171-173 ; V. Cerulli-Irelli, *Principi del Diritto amministrativo II*, Torino, 2005, p. 276. Il paraît qu'en Italie, le pouvoir d'adresser à l'administration des injonctions a été reconnu également aux tribunaux administratifs régionaux. V. à ce sujet, Michel Fromont, « Les pouvoirs d'injonction du juge administratif en Allemagne,... », *op.cit.* : « Avec la loi du 6 décembre 1971 (...) les tribunaux administratifs régionaux reçurent également le pouvoir d'adresser à l'administration des injonctions d'obéir (giudizio di ottemperanza) lorsque leurs jugements n'étaient pas exécutés spontanément. Approuvés par le Conseil d'Etat, ces nouveaux tribunaux ont exercé avec énergie leur nouveau pouvoir d'injonction en interprétant très extensivement les textes ».

¹⁵⁶ Clotilde Deffigier, « Les effets des décisions du juge administratif en Europe », RFDA, 2008, p. 234 s. : « On peut cependant noter que peu d'Etats mettent en place une exécution de substitution, confiée au juge. Néanmoins, au Luxembourg, un commissaire spécial est désigné, en vue de prendre la décision en lieu et place de l'autorité initialement compétente et à ses frais. C'est également le cas en Italie, où le juge ne se contente pas d'ordonner à l'administration d'exécuter un jugement dans un délai déterminé par un jugement d'obtempération (injonction d'obéir), il peut également modifier, remplacer les actes émis par l'administration en violation de la chose jugée ».

¹⁵⁷ Cette procédure ressemble à celle décrite dans l'article 30, point 3 du *codice del processo amministrativo*. En vertu de cet article, en cas de silence de l'administration (décision implicite de rejet) et seulement si cette dernière se trouve en situation de compétence liée, le juge peut la condamner à adopter la décision administrative dont le contenu sera précisé par lui.

¹⁵⁸ Séminaire du 12 décembre 2005 à Trèves, *op. cit.*, pp. 13-14 : il n'y a pas de pouvoir d'ordonner des sanctions pécuniaires à l'encontre de l'administration qui n'exécute pas mais il est plus efficace de pouvoir se substituer à l'administration

A. Ouvrages

Marco d'Aliberti, *Lezioni di diritto amministrativo*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012.

Guido Alpa et Roberto Garofoli, *Manuale di diritto amministrativo*, Nel Diritto Editore, 2010.

Francesco Bartolini, *Il nuovo processo amministrativo*, Casa Editrice La Tribuna, 2013.

Elio Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, 2011.

Elio Casetta, *Compendio di diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, 2011.

Sabino Cassese, *Trattato di diritto amministrativo*, 2e éd., Milan, Giuffrè Editore, 2003.

Cerulli-Irelli, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2002.

Cerulli-Irelli, *Principi del Diritto amministrativo II*, Torino, Giappichelli, 2005.

Roberto Chieppa, Roberto Giovagnoli, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, 2011.

Michel Fromont, *Droit administratif des Etats Européens*, PUF, 2006.

Lilla Laperuta, *Compendio di diritto amministrativo*, Maggioli Editore, 2012.

Maria Vittoria Lumetti, *Processo amministrativo e tutela cautelare*, Cedam Editore, 2012.

Morri, Fabio Pontrandolfi, Stefano Tenca, *Compendio di diritto amministrativo*, CELT Casa Editrice La Tribuna, 2012.

Pasquini - Sandulli, *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milan, Giuffrè Editore, 2001.

Maurizio Pedrazza Gorlero, *Le fonti dell'ordinamento repubblicano*, Giuffrè Editore, 2010.

Nazareno Saitta, *Sistema di giustizia amministrativa*, Giuffrè Editore, 2012.

Maria Alessandra Sandulli, *Il nuovo processo amministrativo. Studi e contributi*, Volume 1, Giuffrè Editore, 2013.

B. Articles de la doctrine

Joël Andriantsimbazovina, « Les organes chargés de juger l'administration », RFDA, 2008, p. 241.

Caroline Capelle, « Acte administratif et justice administrative en Europe », RFDA, 2008 p. 258.

G. Colombini et A. Massera, « Le contrôle des décisions administratives en Italie », AJDA 1999, p. 671.

Clotilde Deffigier, « Les effets des décisions du juge administratif en Europe », RFDA, 2008, p. 234.

Michel Fromont, « Les pouvoirs d'injonction du juge administratif en Allemagne, Italie, Espagne et France Convergences », RFDA, 2002, p. 551.

Michel Fromont, « La justice administrative en Europe : différences et convergences », RFDA, 2008.

W. Gasparri et S. Torricelli, Veille de droit administratif italien, Droit Administratif, 2006, n° 1, p. 18.

Roberto Giovagnoli, Jean-Philippe Thiellay, « Des codes de justice administrative en Italie et en France », AJDA, 26/09/2011, n° 31, p. 1772.

F. Lafarge, « Le contrôle des décisions de l'administration en Italie », AJDA, 1999, p. 681.

Hélène Pauliat, « Les convergences européennes dans le déroulement du procès administratif », RFDA, 2008, p. 225.

Jacques Ziller, « Le contrôle du pouvoir réglementaire en Europe », AJDA, 1999, p. 635.

NOTE sur »Le contrôle de la légalité » des actes des collectivités territoriales (Allemagne – Espagne – Italie – Pays-Bas – Portugal –Royaume-Uni (Écosse et Angleterre) (Cette note a été publiée dans le rapport d'information de M. Jacques MÉZARD, sénateur, « Prendre acte de la décentralisation : pour une rénovation indispensable des contrôles de l'État sur les collectivités territoriales », fait au nom de la délégation aux collectivités territoriales, n° 300 (2011-2012) – 25 janvier 2012.

C. Actes de Colloques

Actes du Colloque du 7 juin 2012 de l'Association des Conseils d'Etat et des Juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne, sur le sujet de « Prévenir des arrières dans la justice administrative », Réponses du Conseil d'Etat italien.

Séminaire du 12 décembre 2005 à Trèves, organisé par l'Association des Conseils d'Etat et des juridictions administratives suprêmes de l'Union Européenne, sur le sujet de « La justice administrative en Europe », questionnaire relatif à l'inventaire et à la typologie du contrôle de l'administration dans les 25 Etats membres de l'Union Européenne, Rapport de l'Italie.

ROYAUME-UNI

Aurélien Antoine

Professeur à la Faculté de Droit de Saint-Étienne – Université Jean-Monnet

CERCRID – UMR 5137

L'affirmation du droit administratif au Royaume-Uni coïncide avec la place croissante de l'État providence qui a conduit l'administration à s'immiscer tant est plus dans l'organisation et le fonctionnement de la société. L'apparition empirique du droit administratif au Royaume-Uni est fort bien expliquée par P. P. CRAIG. Il rappelle notamment cet élément fondamental selon lequel le développement du droit administratif outre-Manche dépend de la volonté du législateur qui détermine le contenu de ce corpus juridique selon l'orientation politique qu'il choisit (« *The shape and nature of administrative law will be profoundly affected by the philosophy which underlies government policies* », *Administrative Law*, Sweet & Maxwell, 7th ed., 2012, p. 3). Contrairement aux fondements théoriques forts du droit administratif français et à l'orientation originelle de ce dernier vers la protection de l'administration, le droit administratif britannique apparaît de façon pragmatique par la nécessité de mieux encadrer les interventions de l'État au profit du citoyen. Ce pragmatisme rend très difficile l'élaboration de concepts généraux et de classifications claires. Dès lors, il convient d'admettre que la catégorie des actes réglementaires est difficilement identifiable en droit administratif britannique.

La recherche sur le thème des actes réglementaires au Royaume-Uni pourrait, *a priori*, s'envisager à partir de deux points de vue. Le premier consisterait à importer le réflexe cartésien de catégorisation au modèle juridique britannique. Ceci conduirait à élaborer une liste d'actes qualifiables de « réglementaires » selon la définition générale que notre groupe de réflexion aura retenue. Le second serait de conserver le mode de raisonnement juridique « à l'anglaise », c'est-à-dire retenir une démarche empirique. Ceci reviendrait à exclure toute idée de classification dans un premier temps.

Il semble que la seconde option soit la plus pertinente au regard de ce que doit être une véritable étude de droit comparé. En outre, du fait de la spécificité susmentionnée du droit administratif britannique, il paraît peu intéressant et fort fastidieux de lister une catégorie d'actes réglementaires. En retenant une telle approche, l'acte réglementaire en droit administratif britannique ne peut être identifié qu'en partant de la théorie du *judicial review*. Autrement formulé cela revient à énoncer que l'acte réglementaire serait d'abord celui qui est susceptible ou non de faire l'objet d'un *judicial review* et dont la portée est autre qu'individuelle.

Le prisme du contrôle juridictionnel est donc le plus satisfaisant en droit administratif britannique pour appréhender l'acte à portée générale, car la catégorisation des actes n'est possible qu'en examinant leur régime contentieux. Ceci est tout à fait logique dans la mesure où droit et contentieux administratifs sont, au-delà des questions institutionnelles, synonymes outre-Manche. Le droit administratif au Royaume-Uni est pour une large part le droit du *judicial review* (JR). En adoptant comme angle d'attaque le contentieux, il est plus aisé de distinguer les actes à portée générale de décisions individuelles. Pour parvenir à ce but, il convient d'adopter une démarche institutionnelle, puis substantielle. La première permet d'identifier les autorités qui ont la capacité de prendre des actes administratifs. Cette première approche sera l'occasion de constater que l'acte administratif à portée générale ne peut concerner que quelques autorités administratives. Dans un second temps, l'analyse substantielle conduit à envisager les conditions et les modalités du *judicial review*. Cet examen a un double intérêt : expliquer le contrôle juridictionnel des actes administratifs (le régime contentieux en question étant valable pour tous les types d'actes) et identifier éventuellement des traits spécifiques pour les actes à portée générale.

I. Quelles sont les autorités susceptibles de prendre des actes administratifs ?

Trois types d'autorités compétentes sont identifiables : l'administration centrale (A), les collectivités locales (B), de même que certaines personnes privées et organes mixtes (C).

A. À l'échelon central

De profondes évolutions ont été initiées à partir des années 1980 dans l'organisation de l'administration. Aux traditionnels départements ministériels (*governmental departments*), se sont ajoutés des organismes publics (*public bodies*) détachés de l'administration gouvernementale. La doctrine reconnaît la difficulté de les identifier en raison de leur profusion. Cette identification est pourtant indispensable pour savoir qui a la capacité de prendre des actes administratifs.

Au-delà des départements ministériels, il convient de distinguer les *QUANGOs* :

- les départements non ministériels (*Non-ministerial departments*)
- les agences exécutives et autres organismes publics qui dépendent de la Couronne (*Executive Agencies*)
- les organismes publics non ministériels (*Non-Departmental Public Bodies* ou *NDPBs*)

Il ne s'agit pas ici de revenir sur le statut et l'organisation de tous ces organismes, mais simplement de préciser quelle est l'étendue de leur pouvoir réglementaire, ici entendu dans le sens d'édicter des actes administratifs unilatéraux à portée générale. L'objectif n'est toutefois pas d'établir une liste complète de tels actes, puisque la catégorie des actes réglementaires n'existe pas en droit administratif britannique. Rappelons également que l'acte administratif est reconnu comme tel dès lors qu'il peut être contesté devant une juridiction. Nous nous contenterons donc de donner un aperçu général à travers des exemples d'actes susceptibles de recours pris par les différentes autorités administratives.

1. *Governmental departments* et *Non-ministerial departments*

La plupart des décisions ministérielles peuvent être contestées devant les juridictions. L'élément essentiel est bien sûr la portée du principe de la légalité : l'Exécutif ne peut agir sans une habilitation législative. L'acte administratif autonome de portée générale n'existe pas en principe. On retrouve ici les conséquences absolues du principe de souveraineté du

Parlement. La loi fixe donc les compétences et la procédure qui s'imposent aux autorités ministérielles pour l'édiction d'actes d'application des lois qui ont une portée générale. Tous les ministères sont concernés.

Il y a 24 départements ministériels auxquels il faut ajouter 19 *Non-ministerial departments* qui sont directement rattachés à l'Exécutif, mais dont la direction n'est pas attribuée à un ministre. On y trouve une grande variété de domaines : des juridictions (la Cour suprême du Royaume-Uni), l'Office de régulation ferroviaire, celui du gaz, de l'eau les services de frappe des monnaies (*Royal Mint*), des organismes aux compétences quasi juridictionnelles (*The Charity Commission for England and Wales* qui régule les *charities*, organismes privés de gestion de fonds à des fins non lucratives), ou intervenant dans le domaine pénal (office d'observation des fraudes), organisme de gestion du patrimoine immobilier de l'État (*The Crown Estate*), office de statistiques...

2. *Executive Agencies*

Ces agences sont contrôlées par les ministres, mais l'intensité de ce contrôle varie selon le domaine. Il s'agit donc d'agences faisant partie de l'organisation administrative ministérielle (comme les services à compétences nationales ou des autorités administratives non indépendantes dont relèvent certaines agences si l'on devait faire un parallèle avec la France) parfois qualifiées d'autorités administratives semi-indépendantes. On en dénombre plus de 300 qui sont réparties en fonction de l'autorité ministérielle dont elles relèvent. Les domaines concernés sont extrêmement variés, car ces agences interviennent sur des problématiques précises : pesticides, objecteurs de conscience, drogue, régulation du cinéma... Ce foisonnement rend très difficilement lisible la répartition des compétences de chacune et rend fastidieuse toute typologie de leurs actes. Le gouvernement s'est engagé dans une profonde réforme de ces agences (*Public Bodies reform Programme*).

3. *Non-Departmental Public Bodies*

Les *NDPBs* ne sont pas rattachés à un département ministériel. Ce sont les organismes qui se rapprochent le plus de nos autorités administratives indépendantes sans pour autant être totalement similaires. On dénombre quatre formes de *NDPBs* selon leur financement, leurs fonctions et le type d'activité. Les *Executive NDPBs* ont des fonctions de régulations et des missions industrielles et commerciales. On trouve notamment le *British Museum*, *Arts Council England* ou des autorités de régulation dans des secteurs spécifiques (environnement par exemple). Les *Executive NDPBs* disposent de leur propre budget et de leur propre personnel. Les *Advisory NDPBs* ont en charge le conseil au gouvernement dans des domaines particuliers (commission sur le revenu minimum, commission sur la transparence de la vie publique). Leur autonomie est moins garantie puisqu'ils n'ont pas de personnel propre tandis que leurs dépenses sont prises en charge par un département ministériel. Les *Tribunal NDPBs* ont des missions contentieuses (dans le domaine de la régulation des activités routières par exemple). Ils n'ont aucune autonomie budgétaire. Enfin, les *Independent Monitoring Boards* relèvent de l'administration pénitentiaire. Les *NDPBs* sont nombreux : près de 1500. Là encore, le Gouvernement souhaite une réforme (voy. Cabinet Office, *Public bodies 2012* et *Public Bodies reform Programme*).

Conclusion

L'aperçu qui vient d'être donné emporte plusieurs conséquences quant à l'analyse à mener du contrôle juridictionnel des actes administratifs à portée générale :

1/ La grande variété des organismes publics rend très difficile d'envisager tous les actes à portée générale. Du point de vue de la recherche, ceci conduit à la question de savoir si l'étude de l'acte à portée générale peut justifier l'exclusion de toutes les entités qui n'interviennent que dans des secteurs particuliers. Ceci signifierait que certains actes, bien que généraux et impersonnels, ne relèveraient pas de notre champ d'études en raison du domaine très spécifique du droit qu'ils concernent. Formulé autrement, cela revient à exclure « la régulation ». Pour notre part, nous considérons que le thème de la « régulation » au Royaume-Uni est un sujet à part entière. Rappelons enfin sur ce point que la plupart de ces autorités rendent des décisions souvent de nature individuelle (cas des *Tribunals* par

exemple). Il est donc plus pertinent de s'attacher prioritairement au contentieux des actes des autorités administratives centrales dans les domaines classiques de l'action de l'administration.

2/ L'observation précédente a vocation à s'appliquer au *Parliamentary Commissioner for Administration (PCA)* qui est un ombudsman chargé de régler les problèmes de « *maladministration* » (et non d'illégalité). Il est soumis au *judicial review*, mais ne prend pas de décisions à portée générale (il prend des décisions découlant d'une demande individuelle). Il convient aussi d'ajouter à ces exclusions certains *Tribunals* qui constituent des autorités d'une nature particulière.

3/ Les réflexions porteront à partir d'exemples d'autorités administratives centrales, sans que ceux-ci puissent constituer une base à une modélisation du régime juridique des actes administratifs à portée générale valable pour toutes ces autorités.

B. À l'échelon local

1. Le *Local Government*

L'administration locale au Royaume-Uni est désignée sous le vocable « *local government* ». Tout comme en France, ce sont les collectivités locales qui sont les principales autorités administratives adoptant des actes susceptibles de recours. Là encore, il n'y a pas un régime unique du droit applicable à toutes les collectivités locales. Chacune d'entre elles bénéficie d'un statut et de pouvoirs spécifiques. Notons que certaines de leurs prérogatives ont été transférées à des agences sujettes au contrôle ministériel, et que d'autres ont fait l'objet d'une contractualisation.

En général, on dénombre deux autorités locales : le conseil de district et le conseil de comté. Dans certaines localités, les deux entités sont réunies (cas de Londres, de comtés et de métropoles). Londres est divisée en bourgs supplantés par l'Autorité du Grand Londres qui

comprend un maire et une assemblée. Pour des aires géographiques plus réduites, il est possible d'identifier des conseils de ville, des conseils de paroisse ou des communautés. Les compétences de ces différentes autorités varient, mais elles ont toutes la possibilité d'adopter des actes administratifs à portée générale. Le *Localism Act 2012*, en reconnaissant une clause générale de compétence aux *local governments*, a étendu cette possibilité.

2. Les autorités bénéficiant de la Dévolution

La Dévolution est un processus de transfert de pouvoirs du Parlement de Westminster aux parlements nationaux écossais, gallois et nord-irlandais. La spécificité de ce processus est qu'il est dynamique et asymétrique. Ceci implique une évolution constante en faveur d'un approfondissement, mais qu'il diffère selon la nation dans laquelle on se situe. Une liste de matières dévolues est donnée pour chaque Parlement qui peut alors légiférer. Les autres matières demeurent des compétences réservées de Londres. L'exercice et la répartition des compétences peuvent faire l'objet de contentieux administratif, dans la mesure où il n'existe pas de cour constitutionnelle chargée de ces questions. Il n'en demeure pas moins particulier. Un contentieux également important s'est noué autour de la compatibilité des actes du parlement écossais avec le *HRA* de 1998. Au-delà des parlements nationaux, les exécutifs bénéficient également de prérogatives soumises au contrôle juridictionnel.

Conclusion

Le particularisme de l'organisation administrative locale renforce l'impossibilité d'identifier des actes administratifs à portée générale. Les lois votées par le parlement écossais notamment peuvent faire l'objet d'un *judicial review* (qui semble spécifique si l'on s'en tient à la jurisprudence *Axa* de 2011 de la Cour suprême). Se pose alors la question de savoir si le juriste français doit s'en tenir à la désignation organique de l'acte (une loi) pour l'exclure de l'analyse, ou s'il convient de s'attacher à la dimension contentieuse qui est de nature administrative. Par ailleurs, la notion de « parlement » utilisée pour les entités dévolues n'a pas la même portée que celle de loi de Westminster qui demeure, de toute façon, plus

protégée. Toutefois, ce contentieux des actes des parlements nationaux, et écossais au premier chef est un sujet à part entière à la lisière d'un sujet sur les actes réglementaires. En revanche, pour les autres autorités locales, l'étude des actes à portée générale qu'elles adoptent est incontournable. Dans un premier temps, cet examen doit supplanter le contentieux des lois des parlements nationaux, plus spécifique.

C. Les personnes privées et les organismes mixtes

L'externalisation est un phénomène important de l'évolution du droit administratif britannique. Les techniques contractuelles complexes permettant à des personnes privées de prendre en charge des activités de service public se sont fortement développées. Le *Private Finance Initiative (PFI)* qui a inspiré les contrats de partenariat à la française en est l'illustration la plus connue. L'interrogation qui surgit au regard du thème d'étude est de savoir si les personnes privées qui se sont vu déléguer des missions de service public et leur organisation disposent de prérogatives de puissance publique leur permettant de prendre des actes administratifs de portée générale.

Le principe est que les organismes qui ne sont pas des autorités publiques ne peuvent voir leurs actes relever du droit administratif. Toutefois, certains actes des personnes privées peuvent faire l'objet d'un *judicial review*, et ainsi être considérés comme des décisions administratives. Tel est le cas des autorités régulant certaines professions, des associations de logement social, certaines entreprises prenant en charge des infrastructures essentielles, etc. (*R v Panel on Take-overs and Mergers, Ex parte Datafin plc* [1987] QB 815).

La soumission des personnes privées et des organes mixtes au *HRA* pose parfois des difficultés. En raison du nombre important de cette catégorie d'organisme, la jurisprudence a reconnu que les actes d'organes hybrides, s'ils révèlent l'exercice de la puissance publique, relevaient du champ du *HRA* (*Aston Cantlow case* de 2003-2004, *Aston Cantlow and Wilmcote with Billesley Parochial Church Council v Wallbank* [2003] UKHL 37, [2004] 1 AC 546). La même problématique se pose pour les personnes privées prenant en charge un service public et recourant à des prérogatives de puissance publique pour en assurer

l'organisation. Le juge britannique considère que la soumission au *HRA* n'est envisageable que s'il existe un contrôle important de l'administration centrale ou locale sur la personne privée identifiée selon des critères précis : création de la structure, composition des organes dirigeants, contrôle, financement (ce seul critère ne suffit pas ; *Leonard Cheshire case* de 2002, *R (on the application of Heather and others) v Leonard Cheshire Foundation and another* [2002] 2 All ER 936 ; [2002] EWCA Civ 366). La simple délégation d'une mission de service public n'emporte pas la qualification des actes de la personne privée qui en la charge d'acte d'autorité publique soumise au *HRA* (*YL case* de 2007, *YL v Birmingham City Council and others* [2007] UKHL 27), dès lors que ladite mission est de nature commerciale. Cette dernière jurisprudence est fort critiquable et a suscité des opinions dissidentes (Lord Bingham and Baroness Hale ; voy. aussi P. Craig, *Administrative Law*, § 20-021).

Conclusion

Les actes des personnes privées impliquent des difficultés similaires au droit administratif français. Elles sont toutefois plus importantes en raison de l'absence de définition de l'acte unilatéral à portée générale. Le seul critère est l'exécution directe d'une mission d'autorité publique révélée par l'acte. À cela s'ajoute le cas particulier du *HRA* qui implique un contrôle particulier sur certains actes qui ne recouvre pas totalement ceux soumis au *judicial review* « classique ». En définitive les actes administratifs à portée générale sont pris par différents organismes publics ou privés soumis au « droit commun » du *judicial review*.

II. Les conditions et modalités du recours juridictionnel contre les actes administratifs

Le recours juridictionnel contre les actes administratifs, quels que soient leur contenu ou leur portée, est le *judicial review* (*JR*). Le fait qu'un acte ait une portée individuelle ou générale importe peu. Cette distinction a peut-être plus d'intérêt quand il s'agit d'étudier les moyens de faire cesser l'illégalité ou d'en réparer les conséquences (*remedies*). Tel n'est pas l'objet de la présente étude. Il semble alors important de revenir sur les points suivants :

- philosophie générale du *JR* et procédure
- juridictions compétentes
- cas d'ouverture
- modalités du contrôle juridictionnel

A. Philosophie générale du *JR* et procédure

Le *JR* a une double dimension : subjective et objective. En premier lieu, le *JR* a aujourd'hui pour fonction principale de protéger les droits et libertés individuels. La dimension subjective est très forte, l'administration ne bénéficiant pas à l'origine d'un privilège de juridiction en raison de ses fonctions d'intérêt général. Cette égalité juridictionnelle a fort bien été expliquée par Dicey et demeure en partie, l'existence d'une juridiction administrative se justifiant par la spécificité de la matière plus que par une volonté de protection de l'administration. En outre, le *JR* permet de faire respecter la légalité (*Statutes* et le *Common law*). Cette dimension trouve sa traduction dans la sanction de l'*ultra vires* britannique, proche de notre notion d'excès de pouvoir. L'administration ne saurait agir en dehors et au-delà des règles textuelles et jurisprudentielles.

Le *JR* n'est envisageable à l'encontre de l'administration que si le contentieux concerne des règles de droit public (*O'Reilly v Mackman* [1983] UKHL 1), sauf exception que nous n'aborderons pas ici. Ce principe est exclusif : aucun autre recours n'est possible dès lors qu'un requérant souhaite contester un acte auquel le droit public s'applique.

L'objet du *JR* n'est pas simplement l'annulation de l'acte. Le requérant peut solliciter six solutions de la part du juge : une injonction de faire ou de ne pas faire (*mandatory order* ou *mandamus*) ; une interdiction d'agir pour le futur (*prohibiting order*) ; une annulation rétroactive (*quashing order* ou *order of certiorari*) ; une déclaration (*declaratory order* ou *declaration* ; proche des conséquences de certains recours en déclaration en contentieux administratif français) ; des dommages-intérêts (recours sur le fondement du *HRA* ou du droit de l'Union européenne, recours d'*Habeas corpus*) ; demande de nouvelle décision par une autre autorité administrative (*default powers*). La juridiction est libre d'accorder ou pas l'un des « *remedies* ».

Le *JR* n'est formé qu'après le respect d'un protocole précontentieux (code de bonne conduite ou de bonnes pratiques). Le but est d'éviter la multiplication de recours inutiles. Cette procédure ne suspend pas le délai de recours qui est de 3 mois à partir de la survenance de l'événement (action ou acte ; le délai peut être prorogé si le tribunal estime que des raisons suffisantes sont données) à l'origine du recours, et n'est pas recommandée si l'autorité administrative n'a pas la possibilité de modifier sa décision ou s'il y a urgence. Les motifs de l'absence du recours à cette procédure doivent être précisés lors de l'introduction du *JR*.

Le recours en *JR* est autorisé par l'*Administrative Court* (*Permission for JR* dont le refus peut être réexaminé par la *High Court* – CPR 54.4) à la suite d'une demande exercée promptement dans la limite des 3 mois précitée. Le requérant doit avoir un intérêt suffisant qui est conçu de façon souple par le juge. Une fois admis, le *JR* débute par la production des mémoires écrits puis une audience s'en suit (la cour dispose d'un certain nombre de possibilités d'intervention afin que le litige prenne fin s'il estime cela possible).

B. Juridictions compétentes

Selon les conclusions tirées par Dicey à partir du principe de *Rule of Law*, l'administration ne saurait bénéficier d'un droit et d'un ordre juridictionnel exorbitants du droit commun. Ce constat n'a pas survécu aux évolutions sociétales. L'interventionnisme grandissant de l'État dans la vie sociale a favorisé la spécialisation des autorités administratives selon le secteur investi faisant naître de nouvelles et de nombreuses relations avec les administrés. Subséquemment, les contentieux se sont multipliés. Des institutions *ad hoc* ont été créées pour les prendre en charge, le Parlement n'étant plus en capacité d'assurer le contrôle de l'action de l'administration. Des *tribunals* (qui ne sont pas des juridictions et relèvent des *NDPBs*, et ce bien que la loi de 2007 les ait intégrés au sein du système judiciaire) se sont ainsi développés. Ces *tribunals* dont la nature est difficile à déterminer rendent des décisions pouvant faire l'objet d'une révision, d'une contestation, et d'un appel. Le *Tribunal Courts and Enforcement Act* de 2007 a profondément réformé leur organisation en instaurant une centralisation des contentieux au profit du *First-Tier Tribunal* et du *Upper-Tier Tribunal*. Ce dernier a la possibilité de connaître des contestations en *JR* des décisions du *First-Tier Tribunal* (sections 15 et s.). Il reste à savoir quelle est la nature des actes envisagés : généraux, individuels, sectoriels, quasi juridictionnels ? Une fois encore, seul l'examen concret du contentieux en cause permet de le déterminer.

La juridiction *stricto sensu* en charge du *JR* est l'*Administrative court*. Le particularisme des contentieux mettant en jeu l'administration a justifié cette spécialisation au sein de la *Queen's bench Division* de la *High Court*. Cette juridiction a vocation à traiter de l'ensemble des *JR* formé à l'encontre des actes de l'administration (*CPR* Part 54), et siège alternativement à Londres, Birmingham, Cardiff, Leeds ou Manchester (l'Écosse fait l'objet d'une procédure différente). Le *JR* n'est traité qu'après acceptation de sa recevabilité (*permission*). Les appels (refus d'une acceptation ou décisions sur le fond) sont formés devant la *Court of Appeal, Civil Division* lorsqu'il s'agit de la matière civile (l'appel est restrictif en matière pénale, et ne peut intervenir que de manière restrictive devant la *Supreme Court of United Kingdom*).

C. Cas d'ouverture

Le *JR* est possible à l'encontre de tout acte illégal ou contre toute décision, action ou négligence dans l'exercice de fonctions publiques (*CPR* 54.1). Le *JR* est la voie de droit qui s'impose lorsque le requérant souhaite que la juridiction prononce l'une des solutions évoquées plus haut (*remedies*). Le *JR* n'a pas vocation à apprécier l'opportunité de la décision, mais à vérifier le respect des règles en vigueur. Le pouvoir discrétionnaire (*discretion*) est parfaitement reconnu dans la limite du respect du droit (voy. E. Breen, Le pouvoir discrétionnaire en droit administratif anglais, *RFDA* 2003, p. 1159).

À l'origine, la doctrine de l'*ultra vires* était la base constitutionnelle de tout recours en *JR* afin de soumettre complètement le rôle du juge aux principes de la suprématie du Parlement et du *Rule of Law* (voy. C. Forsyth (dir.), *Judicial review and the Constitution*, Hart Publishing, 2000, 484 p.). Selon cette doctrine, tout excès de pouvoir doit pouvoir faire l'objet d'une contestation judiciaire. Aujourd'hui, cette doctrine ne rend pas compte de tous les cas d'ouverture ou moyens au fondement d'un *JR*. Désormais, le *JR* est plus largement le recours permettant de contrôler le pouvoir discrétionnaire de l'administration (*discretion*), et les procédures d'élaboration des décisions. Qui plus est, la doctrine de l'*ultra vires* ne parvient pas à expliquer les prérogatives croissantes du juge pour résoudre le litige (comme enjoindre

l'administration d'adopter un acte). Pour reprendre les termes du Professeur Oliver, le *JR* est passé du contrôle de l'*ultra vires* à l'objectif de protection des individus et de contrôle du pouvoir (D. Oliver, *Is the Ultra Vires Rule the Basis of Judicial Review ?*, *PL*, 1987, p. 543).

La décision de l'administration peut être contestée en invoquant :

- ***Procedural impropriety*** (Obligations d'une procédure équitable dans l'élaboration de l'acte - *natural justice* qui doit être distinguée des règles d'élaboration d'un acte pris en application de la loi ou fixant des règles administratives générales - *rule-making*, voy. *infra*). Ce moyen est considéré comme central pour les « décisions individuelles » (Craig, 12-001 : « *process rights in relation to individualised decisions have traditionally been based on natural justice* »). C'est à propos de ces droits procéduraux que l'on trouve l'unique mention d'une telle expression. Ceci laisse entendre que les actes à portée plus générale ne sont pas soumis à des obligations procédurales aussi strictes. L'acte individuel doit satisfaire deux exigences : l'administré doit pouvoir être entendu (*hearings* ; application du principe *audi alteram partem*), et l'auteur de la décision doit être impartial (*bias* ; application du principe *nemo judex in causa sua*). D'origine judiciaire, ces principes ont vocation à s'appliquer à l'administration lorsqu'elle prive les administrés de leurs droits ou prend des mesures disciplinaires par exemple. L'obligation d'entendre le destinataire de la décision est déjà imposée par la jurisprudence *Cooper v Wandsworth Board of Works* (1863) 143 ER 414. Les requérants peuvent invoquer les moyens de *natural justice* dès lors qu'il existe un droit mis en cause, un intérêt ou une attente légitime (*legitimate expectation*). Ces critères recoupent en partie les exigences de l'article 6, § 1, de la Conv. EDH qui les complète. À l'instar de la France, les principes du procès équitable s'appliquent de façon plus ou moins intense selon le type de « procès » : la portée du contrôle sur le fondement de la *natural justice* est d'autant plus important que le droit violé l'est. Il nous semble inutile de développer plus avant ce point dans la mesure où il ne concerne pas les mesures à portée générale qui sont, du point de vue procédural, soumises à des règles propres (voire *infra rule-making*). En conséquence, il convient de bien garder en tête ce moyen d'ouverture du *JR* pour l'a distinguer la décision individuelle de l'acte général et impersonnel.

- **Illegality** (illégalité). L'illégalité en droit administratif britannique embrasse quatre grandes catégories de moyens dont nous ne pouvons donner que quelques éléments de définitions : l'erreur de droit (i), l'erreur de fait (ii), l'autolimitation illégale à l'exercice du pouvoir discrétionnaire (iii), et l'abus d'exercice du pouvoir discrétionnaire (iv). Ces moyens d'illégalité se fondent sur les trois circonstances dans lesquelles l'administration agit : sur le fondement d'un texte, sur le fondement d'un fait, ou en vertu de son pouvoir discrétionnaire. (i) L'erreur de droit consiste à ne pas respecter le texte qui a permis à l'administration de prendre un acte. Aucun élément de fait n'intervient dans le contrôle du juge lorsqu'il envisage l'erreur de droit, et sont considérées comme une erreur de droit une mauvaise application des prescriptions légales, ou une mauvaise interprétation du texte. (ii) L'erreur de fait est aisément compréhensible : l'autorité administrative s'est méprise sur les faits à l'origine de la décision. Il peut s'agir d'une erreur pure et simple (jurisprudence ancienne). L'erreur peut aussi résulter de l'appréciation à donner aux faits comme l'existence réelle d'une guerre civile, ou de risques de traitements inhumains et dégradants pour bénéficier d'un asile (*Kibiti case*, [2000] EWCA Civ 3022 ; *Turgut case*, [2001], 1 All ER 719). L'erreur peut découler enfin d'une mauvaise interprétation de pièces ou de témoignages, d'un oubli d'un élément essentiel à la prise de décision, de suppositions erronées *ab initio*, ou en raison de la survenance de nouveaux éléments. (iii) L'autolimitation à l'exercice du pouvoir discrétionnaire constituant un manquement (*failure to exercise discretion*) conduit le juge à apprécier les choix opérés par l'administration au-delà de leur adéquation avec les textes. Ce contrôle implique de vérifier que l'autorité administrative qui exerce le pouvoir d'édicter un acte en a la capacité. Ce contrôle passe par l'appréciation des délégations de pouvoir de prendre l'acte, au-delà des cas prévus par les textes (*control of unauthorised delegation*). Le manquement à l'exercice du pouvoir discrétionnaire résulte en outre du refus de l'exercer dans des cas particuliers où l'intervention de l'administration était nécessaire (*fettering discretion*), intervention exclue en vertu d'une règle ou d'une ligne de conduite prédéterminée (lesdites normes limitent le pouvoir discrétionnaire et sont à ce titre également contrôlées). (iv) L'abus d'exercice du pouvoir discrétionnaire se décline en deux points : le détournement de pouvoir à des fins non prévues par la loi (*using powers for the wrong purpose*) ; le pouvoir, bien que légalement reconnu, a été exercé de manière non pertinente (*irrelevancy*), c'est-à-dire que les motifs légaux

invoqués ne sont pas les bons (par exemple, une finalité d'intérêt général inappropriée).

Le contrôle de l'illégalité a permis au juge d'envisager son contrôle à l'égard du pouvoir discrétionnaire au-delà du seul cadre légal au point que l'on identifie un autre moyen qui se rapproche plutôt du type de contrôle opéré le juge sur l'acte contesté, à l'instar de l'erreur manifeste d'appréciation et d'erreur de qualification juridique des faits qui sont tout autant des moyens d'ouverture du REP que l'expression de l'intensité d'un contrôle juridictionnel. C'est ainsi que le contrôle du caractère rationnel (*rationality*) de l'acte qui, tout en demeurant, ne reflète pas les différents degrés de contrôle juridictionnel des actes de l'administration (voy. D).

Ces différents moyens évoqués trouvent une application particulière pour une catégorie d'actes qui couvrent pour une large part certains des actes réglementaires du droit administratif français : le cas spécifique des actes d'exécution d'une loi qui doivent respecter des modalités d'élaboration précises (*rule-making*). Ces prescriptions concernent en tout premier lieu la législation déléguée (*delegated legislation, subordinate legislation ou encore secondary legislation*¹⁵⁹), c'est-à-dire la fonction d'exécution et d'application des lois de l'administration qui, à ce titre, est contrainte par le principe de prééminence du Parlement. Cette fonction d'exécution des lois est sans nul doute le domaine dans lequel les actes généraux et impersonnels sont les plus fréquents. Les manuels de droit administratif britannique font ainsi la distinction entre les règles de la procédure équitable applicables aux décisions individuelles et celles d'obligations procédurales prédéterminées qui s'imposent aux actes d'application des lois (*primary legislation*). La loi de 1946 sur les règlements d'applications des lois (*Statutory Instruments Act*) prévoit un ensemble de procédures à respecter pour leur édicition. Il n'en demeure pas moins que les règles procédurales ne figurent pas uniquement dans ce texte et que les actes à portée normative de l'administration ne sont pas tous concernés par cette loi. Quatre mécanismes permettent le contrôle de la procédure : la consultation, la publication, le contrôle législatif et le *JR*. Notons que dès lors qu'une administration annonce un processus consultatif, la jurisprudence a reconnu que les

¹⁵⁹ En relèvent : les ordonnances pris en conseil privé de la Reine, les réglementations (qui relèvent en général des ministères), les actes de régulations (pris par les agences et les autorités locales), les circulaires ou directives (*idem*), les arrêtés locaux (éventuellement par des agences).

administrés étaient en droit d'arguer d'une attente légitime à cet égard et que le non-respect de la procédure annoncée pouvait être relevé par le juge (*Greenpeace case* de 2007, *R (Greenpeace) v DTI* [2007] EWHC 311 ; *Niazi case*, *R (Bhatt Murphy) v Independent Assessor* [2008] EWCA Civ. 755, et *Easyjet case* de 2008). Seul le *JR* nous intéresse dans la mesure où il a une nature strictement juridictionnelle. Le *JR* n'intervient qu'une fois que l'acte est adopté. Le juge a la possibilité de sanctionner l'administration si elle ne respecte pas la procédure à laquelle elle a choisi de se soumettre, ou à laquelle l'administré peut légitimement prétendre. L'autre illégalité formelle souvent relevée découle du non-respect de la procédure obligatoire et légalement prévue (*R (C) v Secretary of State for Justice* [2009] 2 WLR 1205, *procedural ultra vires*). L'atteinte aux modalités d'élaboration de l'acte peut être plus substantielle (*substantive ultra vires*). Cette violation plus grave résulte de la méconnaissance des obligations fixées par la norme dont le règlement découle, par une autre loi, ou un principe constitutionnel. L'*ultra vires* est le moyen originel permettant d'actionner une action en *JR*. Il se distingue en plusieurs sous branches : violation des prescriptions légales (est ainsi considéré comme un excès de pouvoir le fait de prendre une mesure qui excède ce que permet la loi dont elle émane ou qui contrevient aux droits garantis par une autre législation ; *Joint Council for the Welfare of Immigrants*, [1997] 1 WLR 275) ; violation d'un principe constitutionnel (atteinte au *Bill of Rights* de 1689 dans *Attorney-General v Wilts United Dairies Ltd* HL 1922, CA 1921 ; respect de la compétence parlementaire dans *Pankina case*, *R (Alvi) v Secretary of State for the Home Department*, [2012] UKSC 33 ; [2011] EWCA Civ 681 ; inadéquation du but de l'acte à la loi (*R. v HM Treasury*, [1985] QB 657), pertinence et caractère raisonnable de l'acte (l'acte va au-delà de ce qui est prudent, nécessaire ou acceptable selon une conception proche de l'erreur manifeste d'appréciation du droit français ; *Kruse v Johnson*, [1898] 2 QB 91). À ces moyens, s'ajoutent l'incompétence (*Hawke's Bay raw milk products Co-operative Ltd*, [1961] NZLR 218), et l'exception d'illégalité (*Boddington v British Transport Police*, [1999] 2 AC 143). On retrouve donc les moyens classiques du *JR*, mais de nombreux débats ont souvent eu lieu sur la « justiciabilité » de la *delegated legislation*, et il existe encore des limites aux recours (en raison de l'origine du contrôle parlementaire porté sur ces actes, et qui conduit à considérer que les actes d'exécution de la loi sont du domaine législatif). Au-delà de ce pouvoir « réglementaire » lié, le pouvoir autonome d'édicter des normes ou quasi-législations (codes de bonnes pratiques, circulaires, directives, règles d'organisation ou de procédure...) fait aussi l'objet de débats sur la possibilité de contester son exercice via un *JR*. Le principe est que ces normes ne peuvent faire l'objet d'un tel recours. Cependant, ce dernier est possible si la règle publiée par une

administration est erronée en droit (*Gillick case, Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1985] 3 All ER 402 (HL)). Ajoutons que les juridictions peuvent plus ou moins interpréter lesdites règles (ou modifier l'interprétation qu'en a faite l'administration) afin qu'elles soient appliquées dans le respect de la légalité dès lors qu'elles ont une certaine force juridique probante dans le cadre de procédures légales. Notons également que, dès lors qu'une administration prétend suivre un code de bonne conduite, le citoyen a un droit légitime à s'attendre à ce qu'il soit respecté (sauf si des raisons convaincantes sont apportées). Enfin, le test du but, de la pertinence et du caractère raisonnable de la mesure s'applique de façon variable selon les spécificités de l'acte afin de déterminer s'il pouvait être pris en vertu de l'acte supérieur. L'étude de ces problématiques (actes d'applications des lois, et normes générales d'organisation et de procédure administrative) doit incontestablement être approfondie dans la mesure où la nature réglementaire des ces actes est identifiable, même si cette qualité n'est pas reconnue par la doctrine comme élément clivant aux fins d'une présentation pédagogique et théorique.

D. Le contrôle de la rationalité de l'acte et son extension

Il s'agit ici d'évoquer quelques éléments sommaires, tant le sujet est discuté en doctrine et soumis à des évolutions jurisprudentielles nombreuses empêchant de les aborder dans leur totalité. Traditionnellement, le contrôle opéré par le juge est celui du caractère raisonnable de la décision, dans une logique proche du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, quoique plus exigeant encore (*unreasonableness Wednesbury test* ; pour un rapprochement, voy. F. Fabbrini, Reasonableness as a test for judicial review of legislation in the jurisprudence of the French Constitutional Council, *Journal of Comparative Law*, 2009, vol. 4/1, p. 39). Le constat de l'irrationalité de l'acte dépasse les seules questions de la légalité et du respect des procédures pour mettre en cause, même de façon très limitée, l'opportunité de la décision. Les tribunaux usent, pour désigner l'irrationalité, d'expressions comme « recours à l'arbitraire », de décision « *capricieuse, frivole, vexatoire* » (W. Wade, C. Forsyth, *Administrative Law*, OUP, 2009), ou encore d'action « *perverse* » (Lord Brightman in *R v Hillingdon London Borough Council Ex p. Pulhofer*, [1986] 1 AC 484). L'irrationalité recèle deux degrés (Lord Greene in *R. Clayton, H. Tomlinson, Judicial Review : A Practical Guide*, Sweet & Maxwell, 1993, § 2.5). Le premier désigne ce qui est appelé par la doctrine l'« *umbrella sense* ». Ce concept cumule en fait plusieurs motifs d'illégalité dont la portée est

appréciée par le juge : l'usage du pouvoir de mauvaise foi, selon de mauvaises considérations, et selon un but inapproprié, ou encore avec une volonté de dissimulation des véritables intentions de l'auteur de l'acte (*Rooke's case* de 1598, Lord Coke). L'autre degré dégagé par Lord Greene est le « *substantive sense* ». L'acte de l'administration peut être contesté dès lors que l'on démontre qu'il est « *si exorbitant que nulle autorité publique raisonnable n'aurait agi de cette façon* » (*Associated Provincial House Ltd v Wednesbury Corporation case*, 1948 ; trad. in B. Stirn, D. Fairgrieve, M. Guyomar, *Droits et libertés en France et au Royaume-Uni*, Odile Jacob, p. 68). Ainsi conçue, l'irrationalité est un contrôle qui peut s'imposer même si la décision semble avoir été adoptée dans le respect des buts assignés par la loi ou semble utile. Dans un cas comme dans l'autre, la décision apparaît totalement absurde, erreur manifeste qui permet d'apprécier le contrôle limité du juge dans ce contexte. Le juge se contente de s'en tenir à ce qui découle raisonnablement de la volonté du législateur. Il n'y a donc aucune appréciation de l'opportunité et donc de possibilité de substitution de décision (*R v Cambridge Health Authority case*, [1995] 2 All ER 129).

Entre le contrôle minimum du *Wednesbury test*, et le contrôle de l'opportunité qui autoriserait une substitution d'une décision judiciaire à une décision administrative, un contrôle médian s'est imposé, celui de la proportionnalité. Plus ou moins explicite dans les décisions antérieures au *HRA*, le contrôle de proportionnalité a inspiré les juges (*R v Barnsley Metropolitan Borough Council ex parte Hook* (1976) 1 WLR 1052) qui ont su s'abstraire de l'approche restrictive du contrôle juridictionnel des actes administratifs auquel conduit le *Wednesbury test* (voy. *R v Lord Saville and others, ex parte A and others* [1999] All ER (D) 636 ; *Regina v Parliamentary Commissioner for Administration ex parte Balchin* [1996] EWHC Admin 152 ; [1998] 1 PLR 1 ; [1997] COD 146 ; [1996] EG 166 ; [1997] JPL 917 : référence à la seule erreur de raisonnement). Progressivement, la conception de Lord Greene fut donc abandonnée au profit d'une approche moins limitée, et plus pragmatique, tout particulièrement en matière de droits fondamentaux. Les droits issus du *HRA* et le droit de l'Union ont consacré cette évolution, et l'ont approfondie en suscitant un contrôle de principe de la proportionnalité. À cet égard, le *HRA* a d'abord vocation à s'appliquer aux situations juridiques individuelles. Précisions enfin que le contrôle de *Wednesbury* ne s'impose pas lorsqu'est en cause une atteinte à l'attente légitime de l'administré (*R v North and East Devon Health Authority, ex p Coughlan* [2001] QB 213 ; contrôle de l'abus de pouvoir remettant en cause une attente légitime ; voy. aussi *Nadarajah & Abdi v SSHD* [2005] EWCA Civ 1361 ;

Bibi case préc.). L'intensité du contrôle est très discutée en doctrine, et constitue l'un des objets majeurs d'étude en droit administratif britannique (notamment sur le standard du contrôle).

E. Les actes administratifs à portée générale non susceptibles de recours juridictionnel

Il s'agit d'une question particulièrement intéressante en droit administratif britannique. Nous nous contenterons ici de présenter les cas classiques de limitation du *JR*. Deux types d'exclusion sont traditionnellement présentés : jurisprudentielles et légales.

1/ Le premier cas recouvre la « *deference* » (ou « *self-restraint* ») des tribunaux à l'égard de l'exercice de la puissance publique. Les juridictions, dans certaines circonstances, préfèrent ne pas s'engager dans le traitement contentieux de problématiques juridiques particulièrement sensibles. Il convient ici de souligner que les juges acceptent le recours, mais ils accordent une très grande latitude d'action à l'administration qui n'est alors pas réellement contrôlée. La juridiction ne décidera d'approfondir son contrôle en ce cas qu'exceptionnellement. C'est donc d'abord le contexte qui va déterminer la volonté du juge d'être ou de ne pas être « déférent » (*Huang v Secretary of State*, [2007] UKHL 11). Aucun véritable critère ne permet alors de déterminer ce qui relève des ces matières « sensibles ». L'exclusion du contrôle du juge s'identifie souvent pour les domaines suivants qui relèvent pour une large part de la prérogative royale :

- Parlement ;
- Relations internationales (élaboration et ratification des traités en particulier ; déploiement de forces armées selon *R (Smith) v Secretary of State for Defence*, [2010] UKSC 29) ;
- « *High Policy* » (*R (Gentle) v Prime Minister*, [2008] UKHL 20 ; décisions politiques sensibles comme la dissolution du Parlement, la nomination et la démission des ministres) ;

- Prérogative de l'*Attorney General* de lancer des poursuites (*Gouriet v Union of Post Office Workers*, [1978] AC 435).

Trois précisions doivent être apportées. Les exclusions du *JR* recourent en partie celles du recours pour excès de pouvoir en France. Potentiellement, le juge peut toujours décider d'accroître son contrôle, et opérer un *JR* à l'encontre de prérogatives qui en sont pour l'heure écartées. Dans ce contexte, ces exceptions sont avant tout jurisprudentielles, contrairement à la seconde catégorie d'exclusions. Dès lors, le fait que les cas contemporains d'exclusions du *JR* relèvent de la prérogative royale ne signifie pas que toutes ses manifestations ne seraient pas contestables. La Chambre des Lords a souligné que l'exception n'est pas justifiée par l'origine de la décision, mais par son contenu (*CCSU v Minister for the Civil Service*, [1985] AC 374). Alors que le droit de grâce a pendant longtemps été exclu de tout recours, un jugement de la *High Court* est venu tempérer fortement cette approche (*R v Secretary of State for the Home Department ex p. Bentley*, [1994] QB 349). La même extension du contrôle a été produite pour les ordonnances prises en Conseil privé de la Reine concernant un territoire ultra-marin dépendant de la Couronne (*R (Bancoult) v Secretary of State N° 2*, [2007] EWCA Civ 498).

L'expression de *deference* semble, en réalité, peu satisfaisante dans la mesure où le juge ne se soumet pas au pouvoir exécutif. Dans bien des cas, il s'agit plus d'une autolimitation, d'un « *self-restraint* », qui se justifie par la volonté de ne pas porter atteinte à la séparation des pouvoirs (voy. Lord Bingham, *A v Secretary of State for the Home Department*, [2005] UKHL 71). Hormis la justification constitutionnelle évoquée, le juge peut également se reconnaître incompetent au sens technique (et non juridique) du terme pour des questions d'une grande complexité dont la résolution ne saurait relever de l'office du juge, mais exclusivement de l'administration (voy. J. Jowell, *What Decisions Should Judges Not Take ?*, in Andenas, Faigrievé (eds), *Tom Bingham and The Transformation of the Law*, OUP 2009).

En dernier lieu, il faut souligner que la déférence des tribunaux conserve des limites, notamment par le contrôle du respect des principes de *natural justice*, et le respect des droits

fondamentaux de l'individu. Toutefois, ce type de contrôle a vocation à s'imposer plus précisément pour les décisions individuelles.

2/ Les exceptions légales au *JR* remettent frontalement en cause le principe de *Rule of Law*, car les décisions bénéficiant d'une telle protection devraient en principe pouvoir être contestées. Il est tout à fait intéressant de constater que les juridictions sont opposées à ces exclusions, et limitent la souveraineté du Parlement en posant des conditions. L'exclusion doit être clairement posée (*R v Medical Appeal Tribunal, ex p Gilmore*, [1957] 1 QBD 574). L'*ouster clause* pour certains actes ne doit naturellement pas permettre à l'organe administratif d'excéder ses pouvoirs en adoptant une mesure qui ne relèverait pas des prérogatives qui lui ont été reconnues par le législateur (*Anisminic v Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 QBD 862). Le Parlement a néanmoins pu instaurer des procédures spéciales limitant le *JR*, en particulier dans le cadre de la prévention des actes terroristes, du droit de l'immigration, ou du droit de l'urbanisme (délais de recours exceptionnellement limités à six semaines). Il n'en demeure pas moins que, si ces procédures écartent le droit commun du *JR*, des voies de recours sont aménagées, sans quoi l'article 6, § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme serait violé.

III. L'engagement de la responsabilité de l'administration pour illégalité

La puissance publique a pendant longtemps joui d'une quasi-irresponsabilité. Son activité supplantant par définition les intérêts privés, les particuliers ne pouvaient faire valoir leur droit à l'encontre de l'administration. Ce point de vue a été fort bien exprimé dans le jugement *Dunne v North Western Gas Board* de 1964 ([1964] 2 QBD 806) : « *Les services publics du gaz, de l'eau ainsi que de l'électricité sont presque une nécessité de la vie moderne, ou du moins sont en général considérés comme des besoins requis par l'intérêt commun, l'un ou plusieurs d'entre eux sont très rapidement installés dans chaque village et hameau du pays sous la contrainte ou la sanction législative. Il paraîtrait donc étrange que ces installations si recherchées par la communauté et approuvées par le législateur soient à l'origine d'action en responsabilité* ». Si le propos n'est plus d'activité, de nombreuses activités administratives bénéficient d'une réelle protection par une approche restrictive de la

responsabilité de la puissance publique (police, *Hill v Chief Constable of West Yorkshire*, [1989] AC 53 ; services d'urgence, *Capital & Counties plc v Hampshire County Council*, [1997] 2 All ER 865 ; services sociaux, *X (Minors) v Bedfordshire CC*, [1995] 3 All ER 355 (HL) ; régulation financière, *Davis v Radcliffe*, [1990] UKPC 18 ; urbanisme, *Ryeford Homes Ltd v Sevenoaks District Council*, [1989] 46 BLR 34).

Techniquement, la responsabilité de la puissance publique en droit anglais est fondée, à l'origine, sur une approche privatiste. Elle est, en effet, engagée lorsque l'auteur du dommage s'est rendu coupable d'une négligence (positive ou négative ; voy. *R v Minister of Agriculture and Fisheries ex p. Padfield* [1968] UKHL 1) dans l'exercice de ses fonctions (*tort of negligence* ; C. Booth, D. Squires, *The Negligence Liability of Public Authorities*, OUP, 2006). Toute illégalité ne révélant pas forcément une négligence, l'engagement de la responsabilité de la puissance publique sur ce seul fondement est écarté.

L'engagement de la responsabilité pour une « *breach of statutory duty* » pourrait laisser penser que le droit administratif britannique connaît un cas de responsabilité pour violation de la loi. Ce régime n'a toutefois pas la portée du principe français selon lequel l'illégalité est une faute. La « *breach of statutory duty* » est envisageable lorsqu'une autorité publique n'a pas respecté des obligations imposées par la loi au profit des particuliers, et qu'il en a résulté pour ces derniers un préjudice. Quatre critères restrictifs ont été posés par la jurisprudence *Bedfordshire County Council* de 1995 ([1995] 2 AC 633, 731D) : le Parlement a eu l'intention qu'une telle responsabilité puisse être engagée, le requérant relève de la catégorie de personnes protégées par la loi en cause, un préjudice, et l'absence de tout autre moyen de résolution du litige.

Celui qui prétend avoir subi un préjudice doit donc identifier une négligence spécifique à l'exercice de fonctions d'intérêt général qualifiée de « *breach of a duty of care* ». Ce type de responsabilité est un cas de responsabilité sans faute d'interprétation stricte (*X (Minors) v Bedfordshire County Council*, 1995). Plus précisément, la victime doit démontrer l'existence de quatre éléments pour engager la responsabilité de la puissance publique : une faute, la violation d'un « *duty of care* », une causalité, et un préjudice.

Au cas de « *breach of a duty of care* », il faut ajouter la « *misfeasance in public office* » (*Watkins v Secretary of State for the Home Department* [2006] 2 All ER 353). Elle permet d'engager la responsabilité de l'agent public qui aurait porté préjudice à des tiers dans l'exercice de ses fonctions, en ayant clairement conscience d'abuser de ses pouvoirs. Ce dernier élément permet de distinguer cette action de la précédente. Après avoir été quelque peu oubliée au XIX^e siècle, cette catégorie a connu une « *renaissance* » (D. Fairgrieve, *Damages Claims Against Public Bodies : Misfeasance in Public Office*) dans le domaine de la régulation des activités économiques (action dommageable de la Banque d'Angleterre à l'égard des porteurs dans sa mission de supervision de la Bank of Credit and Commerce International ; *Three Rivers District Council v Bank of England* [2001] UKHL 16). Trois éléments doivent être réunis pour que la « *misfeasance in public office* » soit retenue : le défendeur est un agent de la puissance publique, l'action s'est produite dans le service, une intention de causer un préjudice, ou la conscience de l'illégalité de l'action (excès de pouvoir).

En dernier lieu, le droit de la Convention européenne des droits de l'homme permet à tout individu, par l'application du HRA 1998, d'engager la responsabilité des autorités publiques dès lors que l'illégalité entraîne un préjudice personnel (*Berkshire Community Health NHS Trust* [2005] 2 AC 373 ; voy. D. Fairgrieve, *The Human Rights Act 1998, damages and tort law*, PL 2001, p. 695 ; D. Fairgrieve, M. Andenas, J. Bell (eds), *Tort Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, British Institute of International and Comparative Law, London 2002). En droit de l'Union européenne, l'engagement de la responsabilité de la puissance publique est naturellement possible en application de l'arrêt *Francovich* (affaires jointes C-6/90 et C-9/90, 19 novembre 1991).

Par les progrès des droits des victimes (conduisant à remettre en cause tout motif d'exonération de responsabilité de la puissance publique comme les « *Policy reasons* » ; voy. l'analyse de Lord Bingham sur *M (A Minor) v Newham London Borough Council* [1995] 2 AC 648, 663), et par l'influence des droits européens, la tendance contemporaine est orientée vers l'extension de la responsabilité de la puissance publique, plutôt dans le domaine des

agissements de l'administration que dans celui de l'adoption des actes normatifs (voy. D. Fairgrieve, *State Liability in Tort*, OUP, 2003 ; Pushing back the boundaries of public authority liability : tort law enters the classroom, *PL* 2002, p. 288).

Conclusion finale

Les descriptions et l'analyse produites conduisent à souligner trois éléments. Il n'y a pas de distinction claire entre actes réglementaire et individuel en droit administratif britannique. Cependant, l'examen du contrôle juridictionnel permet de considérer que plus les droits individuels sont en cause, plus l'office du juge est important : on constate un approfondissement du contrôle des modalités d'utilisation du pouvoir discrétionnaire d'une part, et une multiplicité des types de contrôle, d'autre part. En outre, notre étude nous a conduits à identifier des actes à portée générale bien spécifiques quant à leur contrôle : les actes d'exécution des lois, et certains actes des autorités locales (les décisions prises dans le cadre de la régulation et la *quasi-legislation* devant faire l'objet d'une analyse propre). Enfin, rapidement évoquée ici, la question des décisions de l'administration qui ne font l'objet d'aucun contrôle juridictionnel est aujourd'hui centrale, tout comme la tendance à l'extension de la responsabilité de la puissance publique.

UNION EUROPEENNE

Marie Gautier

Professeure de droit public

et

François-Vivien Guiot

Doctorant au CERDI, Université de Bordeaux

Introduire le droit de l'Union dans un travail comparatif visant à examiner les modalités de contrôle juridictionnel des actes réglementaires dans divers systèmes juridiques relève presque de l'évidence. Il est en effet superfétatoire de rappeler ici qu'à la différence des autres organisations extranationales, l'Union européenne s'est depuis l'origine dotée d'un système juridictionnel qui, par son caractère obligatoire, par la complexité et la richesse des voies de droit créées, est à n'en pas douter comparable, au sens commun de ce terme, avec celui rencontré dans un système étatique. Mais ce rappel ne saurait occulter le fait qu'il s'agit nécessairement d'un point de comparaison particulier en raison tant de l'hybridation qu'est toute construction communautaire que du caractère très évolutif desdites constructions. Et le contrôle des actes réglementaires illustre jusqu'à la caricature ces deux éléments.

Le droit de l'Union et son système contentieux ont en effet été à la fois le lieu d'une réception de l'influence des techniques nationales, et un vecteur de modification de ces mêmes solutions nationales. Ce reflux qui s'est imposé au nom de l'effectivité et de l'unité du droit communautaire, a parfois renouvelé la fonction du juge national¹⁶⁰. La question du contrôle des actes réglementaires est pourtant une question sur laquelle cette unité faite d'influences croisées, n'est peut être pas arrivée à terme. La récente révision du Traité de Lisbonne donne certes quelques éléments de clarification et de perfectionnement du contrôle juridictionnel ; le

¹⁶⁰ Dans le champ d'application du droit de l'Union, celui-ci est depuis l'arrêt *Simmenthal* (CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, Aff. 106/77, *Rec.* 629), le juge de droit commun du droit communautaire. La Cour de justice s'est ainsi efforcée d'encadrer son office, en explicitant les exigences découlant du droit au juge (CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, Aff. 222/84, *Rec.* 1651), du principe d'effectivité et du principe d'équivalence (CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe*, Aff. 36/76, *Rec.* 1989).

droit positif n'en demeure pas moins quelque peu confus, à défaut d'une réelle démarche conceptuelle lors des travaux de révisions du système juridique de l'Union.

En effet, l'originalité des structures institutionnelles européennes impliquerait davantage de réflexion sur son architecture constitutionnelle. Le rejet du Traité établissant une constitution pour l'Europe ayant induit une distanciation par rapport aux référentiels étatiques, le Traité de Lisbonne a donc assez largement reproduit les solutions antérieures. Or, dans ce cadre qui ne s'est pas initialement construit sur un référentiel démocratique mais sur celui de l'intégration, la diversité des formes de légitimité exprimées par les institutions et les Etats membres, ainsi que la diversité correspondante des méthodes juridiques de réglementation, conduisent celui qui mène une comparaison avec les pratiques étatiques en matière de contrôle juridictionnel des actes réglementaires à une certaine perplexité. Autrement dit, l'indifférenciation organique et matérielle des actes réglementaires (i.e. le fait que l'acte réglementaire ne soit pas une donnée directe du système juridique) implique un effort de « reconstruction » du droit positif et de la pensée juridique communautaire habituelle (I.A).

L'analyse, non plus du concept d'acte réglementaire, mais de son régime, souffre par contre beaucoup moins d'incertitudes. Mais paradoxalement si les conditions dans lesquelles le principe de légalité est appliqué sont plus évidentes, c'est justement pour les mêmes raisons : l'indifférence du droit de l'Union à la typologie traditionnelle des actes juridiques a permis le développement d'un contrôle juridictionnel uniforme, concentré entre les mains de la Cour de justice (I.B). Au sein de celle-ci, les différentes instances ont ainsi développé un ensemble de principes et de mécanismes de censure des actes illégaux où se retrouvent très nettement les influences nationales (II.A). L'originalité du contentieux européen tient cependant à la complémentarité nécessaire des voies de droit mises en œuvre dans le contrôle des actes réglementaires, supposées permettre aussi bien aux institutions et Etats membres, qu'aux individus sujets de droit du droit communautaire, un accès au juge effectif bien que différencié (II.B).

1. - I. Le champ du contrôle juridictionnel de l'acte réglementaire

La spécificité de la construction communautaire, qui repose sur la méthode d'intégration, ressort clairement dans la problématique du contrôle juridictionnel de l'acte administratif de portée générale. Elle s'observe non seulement dans la transformation du paradigme de la séparation des pouvoirs en une forme de coopération fondée sur la notion

d'équilibre institutionnel, qui rend l'identification de l'acte réglementaire difficile (A) ; mais également dans la construction d'un système centralisé de contrôle juridictionnel, dont l'accès a été rationalisé (B). C'est par le développement de ces deux données que l'on propose d'appréhender le champ du contrôle de légalité de l'action réglementaire au sein de l'Union européenne.

A. Les notions d'acte administratif à portée générale et d'acte réglementaire

L'absence d'interrogation sur l'existence d'une fonction législative sous la CECA¹⁶¹, puis la construction d'une Communauté fondée sur une légitimité plurielle, font qu'on ne peut identifier clairement *un* organe législatif, représentant démocratique, aux côtés d'*un* pouvoir exécutif. De ce fait l'identification dans l'ordre juridique de l'Union d'un acte réglementaire¹⁶², défini comme un acte administratif de portée générale, n'est pas sans poser quelques difficultés (1). Toutefois le Traité de Lisbonne pourrait avoir apporté des éléments de clarification (2).

1. L'incertitude quant au critère de l'acte administratif à portée générale avant le Traité de Lisbonne

Sans spécialisation organique des fonctions dans l'Union européenne (la Commission, le Conseil et le Parlement étant associés de diverses façon selon la procédure suivie et selon le type d'acte adopté : avis, avis conforme, coopération, codécision¹⁶³, et procédure de comitologie), la question de la distinction des actes législatifs et des actes réglementaires pouvait paraître artificielle sous les traités antérieurs. Ni la qualification formelle des actes adoptés¹⁶⁴ (directives, règlements, ou décisions pour l'essentiel), ni leur matérialité ne

¹⁶¹ Le Traité de Paris est en effet souvent qualifié de traité-loi en raison de sa précision. De ce fait, les actes d'application adoptés par la Haute autorité étaient considérés comme des actes d'exécution.

¹⁶² A titre liminaire, il faut préciser que la conception doctrinale présentée dans l'ouvrage *Droit administratif européen* dirigé par J. SCHWARZE (p. 1014 et s.), a été écartée. Celle-ci consiste à opposer acte administratif (au sens d'acte décisoire individuel) et acte réglementaire sur la base de la recevabilité des requêtes individuelles en annulation. Une telle présentation est d'une part difficile à manier (en raison des hypothèses de requalification des actes par le juge), mais surtout, elle conduirait à un appauvrissement excessif du sujet en limitant l'analyse au recours des requérants privilégiés contre les règlements (les directives semblant implicitement rattachées à la fonction législative).

¹⁶³ La procédure de codécision est instaurée par le Traité de Maastricht et son champ d'application est étendu par le Traité d'Amsterdam jusqu'à devenir la procédure principale.

¹⁶⁴ D'autant plus que la Cour de justice n'hésite pas à requalifier au besoin les actes soumis à son contrôle lors de l'appréciation des conditions de recevabilité d'une requête individuelle.

pouvaient servir de critère de différenciation (il n'existe dans les traités ni domaine réservé aux « actes législatifs », ni consécration d'un pouvoir réglementaire autonome).

Une première distinction pouvait cependant se concevoir assez aisément : celle qui oppose les actes de portée générale et les actes individuels, ces derniers étant pour l'essentiel le fruit des décisions adoptées par la Commission dans le cadre de ses pouvoirs d'exécution. Le caractère individuel de l'acte reposant sur la possibilité d'identifier son ou ses destinataires, et les Etats membres étant susceptibles d'être désignés comme tels, l'effet d'un acte individuel peut toutefois dépasser le cercle des destinataires et concerner en réalité un nombre important d'individus. D'appréhension aisée, cette distinction reste cependant peu significative du point de vue du régime contentieux.

Une autre distinction, d'origine jurisprudentielle, est venue se rajouter (sans recouvrir nécessairement la première), afin de concevoir une hiérarchisation des actes de droit dérivé par la distinction des « actes de bases » et des « actes d'exécution »¹⁶⁵. Tandis que les premiers ont vocation à régir les « principes essentiels de la matière » et doivent être adoptés dans le cadre du « système législatif » communautaire (selon l'expression employée par l'arrêt *Köster*), c'est-à-dire adoptés par le Conseil, ou le Conseil et le Parlement, sur proposition de la Commission, les seconds sont destinés à développer les potentialités de ces principes dans le respect des dispositions de droit dérivé leur servant d'habilitation. Sous une distinction substantielle en apparence claire, le contentieux montre des problèmes de frontière important.

La qualité d'acte d'exécution n'excluant pas la portée générale de l'acte, la notion de « principes essentiels » n'est pas d'usage aisé. La distinction entre actes de base et d'exécution a de ce fait suscité un contentieux de la base juridique important (en raison de l'exclusion du Parlement de la fonction exécutive avant Lisbonne, la qualification d'acte de base est le seul moyen pour l'institution de participer au processus décisionnel). Ce contentieux a montré la porosité d'une distinction fondée sur un critère matériel. De même, l'élément organique paraît peu déterminant, puisque si les actes d'exécution sont en principe adoptés par la Commission, le pouvoir exécutif peut toujours être exercé par le Conseil qui en

¹⁶⁵ Distinction consacrée par l'arrêt, CJCE, 17 décembre 1970, *Köster*, Aff. 25/70, Rec. 1161. On retrouve parfois cette opposition désignée par les expressions d'« acte secondaire » et d'« acte tertiaire » (P-Y. MONJAL, *Recherches sur la hiérarchie des normes communautaires*, Paris, LGDJ, 2000, 568 p.). Cette terminologie met davantage l'accent sur le fait que l'acte secondaire se fonde sur les traités, tandis que l'acte tertiaire est fondé sur un acte de droit dérivé.

reste formellement le détenteur jusqu'au Traité de Lisbonne (et qui garde aujourd'hui encore une faculté d'évocation des questions exécutives).

Enfin, la Commission s'est vu reconnaître par la Cour de justice¹⁶⁶ la capacité d'adopter, sur délégation¹⁶⁷, des actes de portée générale pour compléter ou modifier les éléments non essentiels des actes de base dans le cadre de la comitologie¹⁶⁸. Le statut de ces actes n'est pas clair : la jurisprudence se limitant pour l'essentiel à rappeler, que les actes « de législation déléguée » ne peuvent déroger aux « principes essentiels » et aux limites établis par les actes de base. Ils apparaissent paradoxalement inférieurs aux actes de base, alors qu'ils sont parfois qualifiés d'actes législatifs et qu'ils sont susceptibles de les modifier.

Aucun critère formel ou organique n'est donc, avant le Traité de Lisbonne, totalement opérationnel pour identifier des « actes réglementaires ». L'indifférenciation de l'ensemble des actes du point de vue de leur contrôle juridictionnel – acte de base ou d'exécution, acte de portée générale ou acte individuel, tous sont soumis à un même régime de contrôle juridictionnel (même organe et mêmes exigences dans le contrôle de légalité) – explique l'absence d'impératif dans la conceptualisation de catégories claires.

2. Apports du Traité de Lisbonne

Sans revenir sur l'absence de spécialisation organique des fonctions au sein de l'Union, les articles du nouveau traité sont porteurs d'éléments utiles à l'identification de la notion d'acte réglementaire : d'une part ils proposent une différenciation formelle de différentes catégories d'actes (a) ; d'autre part, ils introduisent une catégorie spécifique dans le cadre de l'examen de la recevabilité des requêtes individuelles (b).

a. L'apport des articles 289 à 291 TFUE

Tout d'abord, une distinction formelle est opérée entre les types d'actes adoptés. Si la classification proposée par le Traité établissant une constitution pour l'Europe a été écartée¹⁶⁹,

¹⁶⁶ CJCE, 6 décembre 2005, *Royaume-Uni c/ Commission*, Aff. C-66/04, Rec. I-10553.

¹⁶⁷ Il n'est pas rare que le juge et la doctrine communautaires antérieurs au Traité de Lisbonne parlent de « délégation » à l'égard des pouvoirs d'exécution conférés par le Conseil à la Commission. On entend cependant ici désigner uniquement le cas spécifique où l'acte adopté par celle-ci est autorisé à compléter et/ou modifier des éléments de l'acte de base.

¹⁶⁸ Régie dans la dernière version de la « décision comitologie » (décision du Conseil 2006/512/CE du 18 juillet 2006) par l'article 5bis et désignée comme « la procédure de réglementation avec contrôle ».

¹⁶⁹ L'article I-33 du TECE prévoyait que les institutions avaient à leur disposition : la loi européenne, la loi-cadre européenne, le règlement européen, la décision européenne, les recommandations et les avis.

le Traité de Lisbonne consacre en effet la jurisprudence *Köster*. Il reprend la distinction entre acte de base et acte d'exécution, tout en substituant à la distinction substantielle un critère procédural. L'article 289 stipule que les normes adoptées par la procédure législative ou par une procédure législative spéciale (autrement dit avec l'intervention du Conseil et du Parlement européen) sont qualifiées d'actes législatifs (et plus précisément de directives législatives ou de règlements législatifs), sans faire référence à la notion de « principes essentiels ». L'article 290 institutionnalise la pratique de la délégation : les actes législatifs peuvent en effet prévoir dans quelle mesure la Commission est autorisée à compléter ou modifier « certains éléments non essentiels de l'acte législatif » en adoptant des actes non législatifs de portée générale (évolution de leur qualification). Le traité prévoit également un système de veto au profit des pouvoirs législatifs. Ces actes sont désormais formellement qualifiés d'actes « délégués ». Enfin, l'article 291 clarifie la question de la compétence d'exécution dans l'ordre juridique de l'Union. Si en principe celle-ci revient aux Etats membres, la Commission peut adopter des actes d'exécution (et formellement qualifiés comme tels), lorsque des mesures uniformes sont nécessaires au niveau de l'Union. Dans des cas spécifiques et justifiés, le Conseil peut toutefois toujours exercer lui-même le pouvoir d'exécution.

Au terme de cette présentation, on peut donc considérer que la notion d'acte réglementaire, entendu comme un acte administratif de portée générale, s'incarne dans l'acte d'exécution de portée générale. On devrait donc exclure d'une part les actes individuels (ce que la doctrine appelle parfois les actes d'exécution administrative, par opposition aux actes d'exécution normative) qu'ils soient pris sur le fondement du traité ou d'un acte législatif, et d'autre part les actes législatifs. Cette proposition semble confirmée par un second apport du Traité de Lisbonne avec l'article 263, al. 4 TFUE.

b. L'apport de l'article 263 TFUE

Comme nous le verrons dans l'examen des conditions de recevabilité, les Etats membres ont cherché à améliorer le droit au juge des particuliers dans le système juridictionnel de l'Union. Pour ce faire, et en réponse aux jurisprudences *UPA* et *Jégo-Quéré*¹⁷⁰, il est désormais prévu qu'une personne physique ou morale est recevable à attaquer un « acte réglementaire qui la concerne directement et qui ne comporte pas de

¹⁷⁰ CJCE, 25 juillet 2002, *Union de pequenos agricultores*, Aff. C-50/00 P, Rec. I-6677 ; CJCE, 4 avril 2004, *Commission c/ Jégo-Quéré*, Aff. C-263/02 P, Rec. I-3425.

mesure d'exécution ». L'expression d'« acte réglementaire » (qui semble être un vestige du Traité établissant une constitution pour l'Europe) n'étant pas définie par le traité, il a fait l'objet d'une définition jurisprudentielle. S'il existe encore une incertitude sur sa portée exacte¹⁷¹, l'acte réglementaire est pour l'heure entendu comme « tout acte de portée générale à l'exception des actes législatifs »¹⁷². Si cette définition a l'avantage de correspondre à la catégorie précédemment identifiée des actes d'exécution, le Tribunal y a expressément adjoint les actes délégués adoptés sur la base de l'article 290.

Au-delà de l'instauration de cette nouvelle hypothèse de recevabilité des requêtes individuelles, le régime contentieux des différents actes de l'Union étant identique, il n'y a pas lieu à ce stade des recherches d'attacher à cette question de délimitation une importance excessive. On propose donc de considérer que sont effectivement des actes réglementaires, les actes de portée générale qualifiés d'actes d'exécution, en laissant ouvert le débat sur la nécessité d'intégrer dans l'étude les actes délégués, les actes individuels, voire même les actes législatifs en application d'une conception matérielle du pouvoir réglementaire (certains actes ainsi qualifiés sont en effet susceptibles d'avoir un contenu, qui en comparaison avec les pratiques nationales, relèverait davantage du pouvoir réglementaire que du domaine législatif dans la mesure où ils ne font que préciser les dispositions des traités).

B. L'accès au contrôle juridictionnel des actes règlementaires

La nature de l'acte attaqué (i.e. qu'il soit, d'une part un acte émanant de l'une ou l'autre des institutions de l'Union et d'autre part un acte à portée générale et donc un acte réglementaire) ne conditionne que très partiellement la détermination du juge compétent pour exercer le contrôle de légalité (1). En revanche, les conditions de recevabilité du recours sont bien fonction de la nature de l'acte querellé (2).

1. La désignation du juge compétent

¹⁷¹ Seul le Tribunal s'est prononcé pour le moment sur la notion, et dans le cadre des pourvois pendants devant la Cour de justice de l'Union européenne les conclusions présentées par les avocats généraux Wathelet et Kokott sont partiellement contradictoires : le premier souhaite en effet, que soit retenue une définition de l'acte réglementaire englobant l'ensemble des actes de portée générale, et donc notamment les actes législatifs. Il tire pour cela argument de l'absence de portée de la distinction entre les différents types d'actes du point de vue contentieux. A l'inverse, Mme Kokott voit dans l'intervention du Parlement, un argument démocratique suffisant à la reconnaissance d'un sort contentieux privilégié pour les actes législatifs.

¹⁷² Par exemple, Trib. UE, Ord., 6 septembre 2011, *Inuit Tapiriit Kanatami e.a. c/ Parlement et Conseil*, Aff. T-18/10, Rec. II-05599.

Sans qu'il soit besoin dans le cadre limité de cette étude de revenir sur le caractère complexe du système juridictionnel communautaire qui englobe tant les juridictions communautaires que les juridictions nationales, qui sont – suivant une formule créée par la doctrine, consacrée par le juge communautaire¹⁷³, puis reprise par certains juges nationaux¹⁷⁴ – les « juges de droit commun du droit communautaire », le contrôle de légalité des actes de l'Union demeure de la compétence exclusive des juridictions de l'Union (a). Par ailleurs, la répartition des compétences entre les différentes juridictions de l'Union est longtemps restée indifférente à la nature d'acte à portée générale ou non de l'acte querellé (b).

a. Le monopole des juridictions communautaires sur le contrôle des actes de l'Union

En matière juridictionnelle, la répartition des compétences entre juridictions de l'Union et juridictions nationales est d'autant plus facile à comprendre pour un juriste français qu'elle dépend de l'acte contrôlé et non des normes de référence du contrôle, c'est-à-dire qu'elle suit la même logique que la répartition des compétences entre les juridictions françaises¹⁷⁵. Pour le dire autrement, si les juridictions nationales sont chargées du contrôle de légalité des actes nationaux au regard des prescriptions communautaires, le contrôle de légalité des actes communautaires relève de la compétence exclusive des juridictions communautaires. On estime usuellement que cette exclusivité procède de l'article 19 TUE qui dispose que la Cour « assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités »¹⁷⁶. Il en découle non seulement, ce qui est évident et résulte de la formulation même des textes, que le recours en annulation contre les actes de l'Union n'est ouvert que devant les juridictions de l'Union¹⁷⁷, mais aussi, ce qui est moins évident, que le contrôle indirect de légalité des actes communautaires demeure de la compétence exclusive des juridictions de l'Union. C'est ainsi qu'il convient de comprendre la jurisprudence *Foto-Frost*¹⁷⁸ par laquelle la Cour a étendu aux juridictions inférieures l'obligation de renvoyer toute question

¹⁷³ La formule figure à notre connaissance pour la première fois sous la plume du TPI dans son arrêt *Tetra Pak* du 10 juillet 1990 (Aff. T-51/89).

¹⁷⁴ Le Conseil d'Etat français s'est pour la première fois approprié la formule avec l'arrêt *Perreux* (Ass., 30 octobre 2009 : Rec. CE 2009, p. 407, concl. M. Guyomar ; RFDA 2008, p. 1125, concl. M. Guyomar et note P. Cassia ; RFDA 2008, p. 1276, chron. T. Rambaud et A. Roblot-Troizier ; RFDA 2010, p. 126, note M. Canedo-Paris ; RFDA 2010, p. 201, chron. C. Santulli ; AJDA 2009, p. 2385, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi ; Dr. adm. 2009, étude 21, M. Gautier ; RTDE 2010, p. 223, note D. Ritleng ; JCP A 2010, 2036, note O. Dubos et D. Katz ; D. 2010, p. 553, note G. Calvès ; GAJA, 18e éd., 2011, n° 117).

¹⁷⁵ Au moins jusqu'à ce que la décision *IVG* du Conseil constitutionnel ne mette à mal cette clef de répartition...

¹⁷⁶ Auquel on pourrait ajouter l'article 344 TFUE qui stipule que « Les États membres s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application des traités à un mode de règlement autre que ceux prévus par ceux-ci ».

¹⁷⁷ Voir à cet égard la formulation sans ambiguïté de l'article 263 TFUE.

¹⁷⁸ CJCE, 22 octobre 1987, Aff. 314/85, Rec. p. 4199.

préjudicielle relative à l'appréciation de validité des actes de droit dérivé en cas de doute sérieux, à la différence des questions d'interprétation. Cette « révision judiciaire » de l'article 267 TFUE¹⁷⁹ fait que le juge national peut conclure à la validité d'un acte mais ne peut se prononcer sur son invalidité.

b. Indifférence de la nature de l'acte sur la répartition des compétences entre les juridictions de l'Union

Depuis Nice, le traité¹⁸⁰ précise que « La Cour de justice de l'Union européenne comprend la Cour de justice, le Tribunal et des tribunaux spécialisés ». Il consacre ainsi trois types de juridictions communautaires.

La question de la répartition des compétences entre les différentes juridictions communautaires ne s'est évidemment posée qu'après 1988. Avant cette date, l'unicité de la juridiction communautaire faisait que, par définition, la CJCE était juge de premier et de dernier ressort de toutes les actions ouvertes contre les actes réglementaires de la Communauté. La création de nouvelles juridictions n'ayant pas entraîné la création de nouvelles voies de droit, ce sont toujours les mêmes (ou presque) depuis l'origine, et il a donc fallu répartir ces voies de droit entre les différentes juridictions.

Le critère général de répartition a d'ailleurs été substantiellement modifié avec le traité de Nice. Avant cette date (i.e. entre 1988 et 2001), la CJCE bénéficiait d'une compétence de droit commun et le TPI s'était progressivement vu transférer certaines compétences en fonction des matières concernées et des requérants impliqués.

Si le principe général a été inversé par le traité de Nice avec l'attribution au Tribunal de la compétence de droit commun, la répartition qui est fixée par l'article 256 TFUE¹⁸¹ n'est toujours pas liée à la nature de l'acte.

Le critère déterminant d'attribution pour réserver une compétence à la Cour de justice est ainsi celui de l'auteur du recours et non celui de la nature de l'acte attaqué. En effet, suivant en cela la logique posée dès la création du TPI, l'art. 51 du statut de la Cour indique qu'elle est compétente en premier et dernier ressort pour les recours en annulation et en carence

¹⁷⁹ Lequel n'impose de renvoi préjudiciel qu'aux juridictions supérieures, indépendamment de la nature de la question posée.

¹⁸⁰ L'indication figurait initialement à l'article 220 TCE sous une formulation légèrement différente et est désormais inscrite à l'article 19 du TUE.

¹⁸¹ Lequel peut être modifié au terme d'une procédure simplifiée (décision à l'unanimité du Conseil sur proposition de la Commission avec avis de la Cour ou l'inverse).

formé par les Etats membres et par les institutions de l'Union. Quant à la question préjudicielle, si elle a longtemps été réservée à la seule compétence de la Cour, cette compétence exclusive est potentiellement entamée depuis le traité de Nice, l'article 256 TFUE prévoyant la possibilité de transférer au Tribunal une partie des questions préjudicielles. Cette possibilité n'a toutefois pas été utilisée et a été écartée lors de la dernière réforme du statut¹⁸². De manière secondaire, d'autres critères viennent depuis une dizaine d'années¹⁸³ s'ajouter à la répartition des compétences : ils tiennent à la matière sur laquelle l'acte attaqué intervient, le Tribunal ayant récupéré la compétence en premier ressort pour les recours en annulation ou en carence formés par les Etats contre les décisions du Conseil en matière d'aides d'Etat ou d'antidumping. La première brèche dans l'idée que la nature de l'acte attaqué serait susceptible d'influer sur la compétence juridictionnelle a été introduite avec l'idée que les recours en annulation des Etats contre les actes d'exécution, au sens de l'article 291 §2 TFUE, relèvent en premier ressort du tribunal¹⁸⁴.

Par ailleurs, s'agissant des chambres juridictionnelles, ce n'est là encore pas la nature de l'acte attaqué qui détermine la répartition des compétences avec le Tribunal mais bien la matière. La décision du 2 novembre 2004¹⁸⁵ portant création du TFP a ainsi posé qu'il était compétent « pour statuer sur les litiges entre l'Union et ses agents ». Ajoutons d'ailleurs que c'est l'un des deux seuls domaines, avec les marques¹⁸⁶, dans lequel existe une obligation de recours administratif préalable.

Pour résumer, en dehors du monopole des juridictions communautaires sur le contrôle de légalité des actes de l'Union, la détermination du juge communautaire compétent n'a longtemps eu aucun lien avec la nature réglementaire ou non de l'acte, ni même avec sa portée générale ou non. Ce n'est que récemment, et avec trop peu de recul pour que la structuration du contrôle en soit totalement réorganisée, que ces éléments apparaissent. Le contrôle des actes réglementaires peut donc être le fait de n'importe laquelle des juridictions de l'Union.

¹⁸² Modifié par le règlement (UE, Euratom) n° 741/2012 du Parlement européen et du Conseil, du 11 août 2012.

¹⁸³ Ce type de critère a été introduit pour la première fois avec la décision du Conseil du 26 avril 2004

¹⁸⁴ L'article 291§2 TFUE stipule que : « Lorsque des conditions uniformes d'exécution des actes juridiquement contraignants de l'Union sont nécessaires, ces actes confèrent des compétences d'exécution à la Commission ou, dans des cas spécifiques dûment justifiés et dans les cas prévus aux articles 24 et 26 du traité sur l'Union européenne, au Conseil ».

¹⁸⁵ Décision 2004/752/CE, JO L 333 du 9.11.2004, p. 7–11.

¹⁸⁶ Règlement du Conseil du 20 décembre 1993 n°40/94/CE.

2. *Influence de la nature de l'acte sur l'accès au contrôle juridictionnel*

La nature de l'acte querellé exerce en revanche une influence déterminante bien qu'indirecte sur les conditions de recevabilité du recours en annulation. Si tous les actes décisifs des institutions de l'Union sont classiquement susceptibles de faire l'objet d'un recours en annulation dans un délai de deux mois, la qualité et l'intérêt pour agir sont, dans le recours en annulation, variables suivant les requérants.

Il existe en effet deux grandes catégories de requérants : les requérants institutionnels d'une part, et les requérants individuels d'autre part.

Les premiers se subdivisent eux-mêmes en deux sous-catégories : les privilégiés (Etats, Commission, Conseil et Parlement européen) qui peuvent se pourvoir contre tous actes pour tous motifs d'annulation sans avoir besoin de démontrer un intérêt à agir ; et les non – privilégiés (la BCE et Comité des régions) qui ne peuvent attaquer que pour défendre leurs prérogatives (et doivent donc démontrer un intérêt à agir). Pour tous ceux-là, la nature de l'acte attaqué est indifférente pour accéder au prétoire de la Cour.

Pour les requérants individuels en revanche, la question est indirectement importante. Elle ne l'est pas s'agissant de l'intérêt à agir qui, non évoqué par les traités, est bien exigé par la Cour, mais au sujet duquel elle se montre relativement libérale dans son appréciation, même si elle s'apprécie au regard des moyens et non, comme devant le Conseil d'Etat, au regard des conclusions. Classiquement elle estime qu'il y a intérêt à agir dès lors que l'annulation peut procurer un bénéfice quelconque à la personne. La difficulté vient de la qualité pour agir. Selon l'article 263 al.4 TFUE, peut faire un recours en annulation « Toute personne physique ou morale (...) contre les actes dont elle est le destinataire ou qui la concernent directement et individuellement, ainsi que contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution ».

En dehors des décisions individuelles, les actes de portée générale n'ont longtemps pu être attaqués par les particuliers que s'ils les concernaient « directement et individuellement ». Cette formulation, limitative en elle-même, a été de surcroît interprétée restrictivement par la Cour pas tant sur le « directement concerné » (qui est défini par la Cour comme le fait que l'acte communautaire doit lui-même avoir établi les droits et devoirs invoqués) que sur le « individuellement concerné ». Au terme de l'arrêt *Plaumann*¹⁸⁷ et selon une formule qui n'a

¹⁸⁷ CJCE, 15 juillet 1963, Aff. 25-62, Rec. 199.

pas évolué depuis lors, un particulier est individuellement concerné si la mesure l'atteint « en raison de qualités qui lui sont particulières ou d'une situation de fait qui le caractérise par rapport à toute autre personne et de ce fait l'individualise d'une manière analogue à celle d'un destinataire ». S'agissant des actes de portée générale (et donc des actes réglementaires), cette condition n'est presque jamais satisfaite puisque par définition les destinataires sont définis de façon abstraite et générale (conformément à ce que la Cour a affirmé dans l'arrêt du 14 décembre 1962, Confédération des producteurs de fruits et légumes).

Certes, la Cour a dégagé quelques exceptions : les règlements qui ne constituent en réalité qu'un faisceau de décisions individuelles¹⁸⁸, les règlements anti-dumping pour les entreprises visées par les enquêtes préliminaires ou celles ayant participé à la procédure¹⁸⁹ et enfin la théorie de l'acte mixte. Créée notamment par l'arrêt *Codorniu*¹⁹⁰, qui n'était pas particulièrement explicite et qui n'a longtemps eu aucune postérité, la théorie a connu un regain d'intérêt et de clarté avec l'arrêt *Kadi*¹⁹¹. Sont par exemple qualifiées d'acte mixte, i.e. présentant les caractéristiques d'un acte à la fois individuel et de portée générale, les listes noires de présumés terroristes dès lors que ces actes ont à la fois pour destinataires les autorités nationales et communautaires chargées de les mettre en œuvre et les personnes physiques ou morales précisément visés par ces listes. Ces dernières sont alors admis à en demander l'annulation.

Mais la règle demeure que le recours en annulation est, pour les actes de portée générale, seulement « entrouvert » pour reprendre une expression du professeur Blumann. Le choix de la Cour de s'en tenir à une interprétation restrictive peut alors s'expliquer par deux types de considération. D'une part, les particuliers ne sont pas les gardiens de la légalité dans le système contentieux de l'Union, où ce rôle appartient à la Commission qui peut attaquer tout acte communautaire sans avoir besoin d'un intérêt à agir. En outre, les particuliers, s'ils ne peuvent pas avoir accès au recours en annulation, ne sont pas pour autant dépourvus de moyens pour mettre en cause la validité d'un acte communautaire. En effet, ils peuvent le cas échéant demander au juge national d'effectuer un renvoi préjudiciel en appréciation de validité, selon la logique de ce qu'on a coutume d'appeler la « systématique des voies de droit ». Cette dernière compensation n'est toutefois que relative dès lors que la question

¹⁸⁸ CJCE, 29 octobre 1980, *Roquette*, Aff. 138-79, Rec. p.3333.

¹⁸⁹ CJCE, 21 février 1984, *Allied Corporation c/ Commission*, Aff. jtes 239/82 et 275/82, Rec. p.1005 ; CJCE, 16 mars 1991, *Extramet*, Aff. C-358/89, Rec. p. I-2501.

¹⁹⁰ CJCE, 18 mai 1994, *Cordoniu*, Aff. C-309/89, Rec. p. I-1853.

¹⁹¹ CJUE, 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil et Commission*, Aff. jtes C-402/05 P et C-415/05 P, Rec. p. I-6351.

préjudicielle est une voie longue et incertaine puisqu'il appartient au juge, et non au requérant, de décider de poser une question préjudicielle.

En outre, il existait jusqu'il y a peu un angle mort du contrôle de validité des actes de portée générale : l'hypothèse d'actes ne nécessitant aucune mesure d'application individuelle, ni communautaire (où l'exception d'illégalité permet de compenser la « fermeture » relative du recours en annulation), ni nationale (ce qui interdit l'accès au juge national et donc à la question préjudicielle). Dans une hypothèse de ce type, le TPI avait proposé de faire évoluer la jurisprudence en s'appuyant notamment sur le droit à un recours effectif tel qu'il est consacré par l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme comme par l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union¹⁹². La Cour a toutefois repoussé cette évolution jurisprudentielle, nonobstant les conclusions plus constructives de son avocat général¹⁹³, et renvoyé la question aux Etats rédacteurs du traité¹⁹⁴.

C'est précisément l'existence de cet angle mort qui explique l'adjonction, avec le traité de Lisbonne, de la possibilité, pour les particuliers d'accéder au recours en annulation contre les « actes réglementaires les concernant directement et ne comportant pas de mesures d'exécution ».

Si le caractère d'acte à portée générale ou non est donc depuis les origines un élément déterminant dans la définition des conditions de recevabilité du recours en annulation, le caractère réglementaire ou non de l'acte n'intervient que depuis fort peu de temps.

2. - II. Les modalités du contrôle juridictionnel de l'acte réglementaire

Sans entrer dans les débats doctrinaux sur les sources du contrôle juridictionnel au sein de l'Union, il est certain que lors des négociations du Traité de Paris, puis du Traité de Rome, les choix opérés ont été principalement influencés par les expériences française et allemande. Au-delà des dispositions du droit originaire, on retrouve également dans les interprétations jurisprudentielles, une présence très forte des théories et mécanismes nationaux. Cette influence s'est faite, dans le silence des textes communautaires, par les références au droit comparé des avocats généraux à la recherche de solution à proposer aux formations de

¹⁹² TPI, 3 mai 2002, *Jégo Quéré*, Aff. T-177/01, Rec. II-02365.

¹⁹³ Conclusions de l'avocat général Jacobs présentées le 21 mars 2002.

¹⁹⁴ CJCE, 25 juillet 2002, *Union de pequenos agricultores* (UPA), Aff. C-50/00 P, Rec. I-6677.

jugement. Il en résulte un système original, qui peut paraître à l'observateur à la fois familier et hétérodoxe. C'est tout d'abord le cas, à l'intérieur même des mécanismes de contrôle direct de la validité des actes communautaires (A). Le recours en annulation, qui en constitue l'élément essentiel, est ainsi souvent comparé au recours pour excès de pouvoir. Il en reprend en effet un certain nombre de caractéristiques. Cependant, l'influence des solutions allemandes a introduit des divergences conceptuelles ou fonctionnelles parfois importantes. L'analyse précédente des conditions de recevabilité des requêtes dirigées contre les actes de portée générale en est l'illustration¹⁹⁵. Mais l'originalité du système contentieux communautaire repose également sur l'insuffisance des seuls mécanismes du contrôle direct pour comprendre la portée du contrôle juridictionnel dans l'ordre juridique de l'Union. Cette spécificité, dont résulte le caractère essentiel des voies de contrôle indirect de la légalité, est à l'origine de la notion de « systématique des voies de droit », (B).

A. Les contrôles directs de validité

La pluralité des offices contentieux de la Cour (qualifiée tour à tour de juridiction internationale, constitutionnelle et administrative) est aujourd'hui une donnée bien connue. Il faut noter que ces différentes fonctions juridictionnelles sont indifféremment mises en cause au travers des diverses voies de droit ouvertes par le droit originaire. Des auteurs ont toutefois essayé d'isoler un contentieux administratif, en combinant les critères de la qualité du requérant et de la nature de l'acte attaqué. Relèverait ainsi du « contentieux administratif européen » le recours des particuliers contre les actes d'exécution (normative ou individuelle). Aussi intéressante que paraisse cette proposition, elle n'est pas confirmée explicitement par le droit positif. Au contraire, on peut penser que l'indifférenciation du régime contentieux ne justifie pas de telles distinctions. Il convient donc d'envisager les différentes voies du contrôle direct de légalité (1) en gardant à l'esprit, qu'une fois la recevabilité de la requête acquise, qualité du requérant et nature de l'acte n'ont *a priori* aucune conséquence sur le contrôle juridictionnel, tant du point de vue de ses éléments (2), que de ses effets (3).

1. Les voies du contrôle de validité

¹⁹⁵ Cette influence implique que l'on ne saurait se contenter de sa parenté avec le recours pour excès de pouvoir, pour qualifier le recours en annulation de voie de droit objective. Il peut être plus exact de dire que sa nature réelle varie en fonction de la qualité du requérant, même s'il conserve toujours une dimension objective forte en raison du contrôle de légalité qu'il déploie.

La voie de droit principale est ouverte par l'article 263 TFUE avec le recours en annulation (a), et elle est complétée par le recours en carence prévu à l'article 265 TFUE (b).

a. Le recours en annulation

Le recours en annulation est, à l'image du recours pour excès de pouvoir, un contrôle de pure légalité (ouvert pendant un délai de 2 mois à compter de la publication ou de la notification de l'acte attaqué, article 263 al. 6). Malgré l'interrogation que peuvent susciter les conditions de recevabilité des requêtes individuelles, il conserve une dimension objective forte. Il déclenche donc un contrôle de légalité des actes de l'Union au regard des conditions de leur adoption¹⁹⁶, et non en fonction des circonstances de fait et de droit au moment du jugement, et exclut toute appréciation en termes d'opportunité (la dimension économique étant majoritaire dans le contentieux communautaire, on retrouve toutefois les mêmes problématiques de distinction entre la légalité et l'opportunité que dans la jurisprudence administrative).

Par exception, l'article 261 TFUE permet aux règlements de droit dérivé de conférer à la Cour de justice une compétence de pleine juridiction à l'encontre des sanctions adoptées par la Commission¹⁹⁷. Par extension, un pouvoir de réformation a également été consacré en matière de propriété intellectuelle¹⁹⁸. De même, l'article 91 du statut des fonctionnaires de l'Union lui donne un pouvoir de réformation en matière de litige à caractère pécuniaire. La pleine juridiction s'exerçant exclusivement dans le contentieux des actes individuels, elle semble toutefois dépasser le cadre d'examen adopté. Par ailleurs, elle n'est pas une voie de droit à part entière, mais seulement une compétence particulière adjointe¹⁹⁹ au contrôle de légalité dans le cadre du recours en annulation.

Ce contrôle de légalité, depuis le Traité de Paris, est défini de manière très similaire au recours pour excès de pouvoir. On retrouve en effet dans toutes les versions antérieures de

¹⁹⁶ CJCE, 7 février 1979, *France c/ Commission*, Aff. 15/76 et 16/76, Rec. 321.

¹⁹⁷ Ce pouvoir de pleine juridiction (réduction, suppression ou majoration des amendes) a été accordé à la juridiction communautaire dans le droit de la concurrence essentiellement, par l'article 31 du règlement 1/2003 sur les ententes et abus de position dominante et l'article 16 du règlement 139/2004 relatif au contrôle des concentrations d'entreprise.

¹⁹⁸ Pouvoir prévu par l'article 73§3 du règlement 2100/94 relatif aux obtentions végétales, l'article 61§3 du règlement 6/2002 pour les dessins et modèles communautaires et par l'article 65§3 du règlement 207/2009 sur la marque communautaire.

¹⁹⁹ CJUE, 8 décembre 2011, *KME e.a. c/ Commission*, Aff. C-272/09 P (à paraître). Selon certains auteurs, sa mise en œuvre est même conditionnée à la découverte d'un motif d'illégalité de l'acte contrôlé.

l'article 263 TFUE, une énumération des moyens d'annulation, très largement inspirée de celle que la doctrine administrativiste française a systématisée à partir de la jurisprudence du Conseil d'Etat : incompétence, violation des formes substantielles, violation des traités ou de toute règle de droit relative à leur application et détournement de pouvoir. La « légalité » soumise au contrôle du juge est ainsi définie par ces quatre cas d'ouverture, dont nous détaillerons la signification plus loin.

Le recours en annulation n'est toutefois pas la seule voie du contrôle direct de légalité. Le contentieux communautaire ouvre en effet à côté de l'action en contestation de l'action des institutions, une action en contestation de leur inaction. Ce second recours est en quelque sorte une construction en miroir du premier.

b. Le recours en carence

Il y a en effet, une « parenté »²⁰⁰ entre le recours en annulation et le recours en carence. Cette seconde voie de droit, qui est une originalité communautaire par rapport au contentieux administratif, a également une double fonction : non seulement elle permet de garantir le respect de l'équilibre institutionnel à l'initiative d'un des requérants privilégiés, mais elle assure également la protection des droits des individus auxquels l'abstention d'une institution est susceptible de porter atteinte. Selon les termes de l'article 265, al. 3 TFUE, ce recours permet en effet à toute personne physique ou morale de « faire grief à l'une des institutions, ou à l'un des organes ou organismes de l'Union d'avoir manqué de lui adresser un acte autre qu'une recommandation ou un avis », déclenchant ainsi un contrôle de légalité de même nature que celui prévu dans le recours en annulation. L'auteur de l'abstention doit avoir été invité à agir au préalable (cette demande ouvre un délai de deux mois, qui repousse d'autant la recevabilité d'un éventuel recours juridictionnel²⁰¹). La technique du recours en carence est essentielle au contentieux communautaire dans la mesure où il n'existe pas de construction similaire à celle de la décision implicite en droit administratif français. Elle permet donc d'éviter que par son silence, c'est-à-dire par l'absence de décision expresse, l'institution puisse s'opposer à la formation d'un contentieux.

²⁰⁰ Conclusions jointes Mischo sur CJCE, 12 juillet 1988, *Parlement européen c/ Conseil*, Aff. 377/87, et *Commission c/ Conseil*, Aff. 383/87, Rec. p. 4017 et 4051.

²⁰¹ C'est une des seules hypothèses où une forme de recours administratif préalable est nécessaire dans le contentieux de l'Union (et elle s'explique bien sûr par l'absence d'acte susceptible de constituer l'équivalent de la décision administrative préalable du contentieux administratif français). On peut aussi citer l'obligation de saisir la chambre des recours de l'OHMI avant d'agir devant le Tribunal de l'Union européenne.

Dans le sillage des conditions de recevabilité du recours en annulation, la portée de recours en carence a été élargie par la Cour de justice en raison de cette parenté. La Cour a ainsi écarté une interprétation littérale de l'ex-article 232 TCE, qui aurait conduit à n'admettre la contestation d'une carence que par le destinataire virtuel de l'acte en défaut. Au contraire, après avoir affirmé que carence et annulation constituent « l'expression d'une seule et même voie de droit »²⁰², le juge a admis l'identité des conditions de recevabilité²⁰³, que ce soit du point de vue du requérant (celui-ci pouvant démontrer que même sans en être le destinataire, il serait directement et individuellement affecté par l'acte en défaut) ou des conditions tenant à l'acte lui-même (avec les mêmes assouplissements quant aux caractéristiques formelles de l'acte, et la même définition de l'acte faisant grief).

L'identité de la carence et de l'annulation se prolonge dans les modalités d'examen au fond, puisque ce sont les mêmes moyens d'annulation qui sont susceptibles d'être mobilisés dans le contrôle de légalité de l'abstention.

2. Les éléments du contrôle de validité

L'énumération des cas d'ouverture n'est pas suffisante pour décrire l'office du juge de la légalité. Les différents moyens n'ont ni le même régime, ni la même importance en raison de la ventilation opérée par le juge entre les différents griefs susceptibles d'être soulevés par les requérants²⁰⁴. Il faut donc rappeler l'étendue couverte par chacun des moyens d'annulation (a). Par ailleurs, il est nécessaire d'ajouter une seconde clef de lecture pour appréhender la réalité du contrôle juridictionnel dans un ordre juridique où le pouvoir discrétionnaire est prédominant : celle de l'intensité du contrôle (b).

a. L'étendue du contrôle

L'incompétence, qui désigne l'hypothèse où un acte est adopté par une institution non habilitée pour ce faire, peut être qualifiée d'incompétence *ratione loci*, *ratione temporis*,

²⁰² CJCE, 18 novembre 1970, *Chevalley c/ Commission*, Aff. 15/70, Rec. 975. Pour un rappel plus récent, TPI, 11 juillet 2007, *Asklepios Kliniken c/ Commission*, Aff. T-167/04, Rec. II- 2379, pt. 45.

²⁰³ CJCE, 14 février 1989, *Star Fruit c/ Commission*, Aff. 247/87, Rec. 291.

²⁰⁴ L'invocation formelle d'un des cas d'ouverture n'est en effet pas une condition de recevabilité, il suffit que le requérant indique en substance des griefs susceptibles d'être rattachés par le juge à l'un d'entre eux (opération le plus souvent implicite).

ratione materiae. Mais pour l'essentiel, le contentieux concerne la compétence matérielle. On s'intéresse donc plutôt à l'opposition entre deux hypothèses distinctes : l'incompétence relative et l'incompétence absolue. Dans le premier grief, c'est la répartition des compétences au sein de l'Union qui est en jeu. Sera alors souvent évoquée la problématique de l'équilibre institutionnel (par exemple, lorsqu'est contestée l'étendue de la délégation conférée à un organe par la Commission). Dans l'incompétence absolue, c'est plus globalement le principe d'attribution des compétences qui est au cœur du litige (article 5 TUE), puisqu'il s'agit de sanctionner le fait d'avoir exercé une compétence dont l'exercice est normalement réservé aux Etats membres. Il faut souligner la connexité de l'incompétence relative avec la question de l'erreur dans la base légale, qui est cependant envisagée sous l'angle de la violation des traités, ce qui peut expliquer la rareté de ce moyen dans les arrêts en annulation.

La violation des formes substantielles vient compléter la catégorie des vices de légalité externe. Elle regroupe aussi bien les exigences de forme que de procédure. La formulation retenue par les traités a, dès l'origine, intégré la question du caractère substantiel du vice, ce qui implique le même pouvoir d'appréciation que le juge administratif français sur le caractère justifié de l'annulation au regard des formalités non ou mal exécutées²⁰⁵. Le caractère substantiel est subordonné à l'appréciation selon laquelle le vice aurait eu une influence sur le contenu de l'acte attaqué, ou à la démonstration que celui-ci porte atteinte aux droits des tiers ou des personnes visées par l'acte dans la procédure administrative. On peut illustrer cette catégorie par le grief tiré du défaut ou de l'insuffisance de motivation²⁰⁶, ou encore la méconnaissance de l'obligation de consultation. C'est aussi sur ce fondement que la Cour a rendu l'arrêt *Kadi*, sanctionnant la méconnaissance des droits de la défense²⁰⁷.

Dans les moyens relevant de la légalité interne, on retrouve tout d'abord le détournement de pouvoir. Aujourd'hui délaissé, ce cas d'ouverture a sous le Traité de Paris joué une importance particulière : en effet, l'article 33 CECA limitait l'ouverture des requêtes

²⁰⁵ Le juge européen ne s'est à l'inverse pas reconnu des pouvoirs aussi étendus que son homologue français quant à la sauvegarde d'un acte vicié. S'il accepte parfois de substituer la base légale ou les motifs de l'acte, et s'il peut de même admettre le caractère surabondant d'un motif, c'est à la condition que la rectification n'impacte pas sur le pouvoir d'appréciation de l'institution (c'est-à-dire aussi bien sur son étendue théorique que sur le résultat concret de son exercice) et que celle-ci ne soit pas en possession d'un pouvoir discrétionnaire.

²⁰⁶ Ces griefs, qui relèvent de la violation des formes substantielles, doivent être distingués de la contestation du bien-fondé de la motivation relevant du contrôle au fond et de la violation des Traités (par exemple, CJCE, 15 décembre 2006, *Italie c/ Commission*, Aff. C-66/02, Rec. I-10901, pt. 26). L'obligation de motivation est d'application générale en vertu de l'article 296, al. 2 TFUE et elle est appréciée de manière d'autant plus exigeante dans les matières où est reconnu un pouvoir discrétionnaire. On retrouve l'influence allemande dans ce phénomène de vase communicant, où l'illégalité formelle fait présumer l'illégalité au fond de l'acte.

²⁰⁷ CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil et Commission*, préc.

individuelles dirigées contre les décisions générales de la Haute autorité. Seul le moyen tiré du détournement de pouvoir était admis dans cette hypothèse. Pour éviter une réduction trop drastique du droit de recours, la Cour de justice avait alors développé une conception objective de ce vice, se détachant ainsi de conception française de ce vice. Cependant, dans le cadre du Traité de Rome et depuis lors, la conception subjective classique du détournement de pouvoir prévaut. Il n'est donc possible de censurer un acte sur ce fondement, que si est apportée non seulement la preuve d'un vice objectif, mais également de la poursuite par l'institution d'un mobile illicite et caché²⁰⁸ (que ce mobile soit étranger au droit de l'Union, ou qu'il n'appartienne pas à l'institution en cause de le poursuivre). La Cour de justice sanctionne également le détournement de procédure qui permet de sanctionner l'institution qui aurait agi « dans le but exclusif, ou à tout le moins déterminant, d'éluder une procédure spécialement prévue par le traité »²⁰⁹.

Enfin, la dernière catégorie relevant de la légalité interne est désignée par l'expression de « violation des traités et de toute règle de droit relative à son application ». C'est en substance la « violation du droit » et ses différents griefs qui sont ainsi regroupés : erreur de fait et de qualification juridique, erreur de droit quant à la base légale, ou quant au contenu de l'acte autorisé par la règle d'habilitation. La violation des traités est le moyen d'annulation le plus largement défini et le plus souvent mis en œuvre dans le contentieux des actes de l'Union. Par ce cas d'ouverture, le juge est en effet amené à examiner aussi bien les motifs de l'acte (dont il a connaissance grâce à l'obligation de motivation) que son dispositif, voire même l'adéquation des deux éléments en application du principe de proportionnalité²¹⁰. Il sanctionnera également la méconnaissance de toute règle de droit de niveau supérieur, au premier rang desquelles il faut compter les droits fondamentaux, répertoriés par la *Charte* annexée au Traité de Lisbonne, ainsi que les principes généraux du droit (proportionnalité, égalité, confiance légitime, bonne administration, etc.).

L'opposition entre la légalité interne et la légalité externe se justifie par le fait qu'elle regroupe globalement la distinction entre les moyens qui sont totalement dépendants des

²⁰⁸ Selon les termes de la Cour, le détournement de pouvoir, qui doit être démontré « sur la base d'indices objectifs, pertinents et concordants » (ce qui le rend comme en droit administratif français d'usage malaisé), est constitué par le « fait, pour une autorité administrative, d'avoir usé de ses pouvoirs dans un but autre que celui en vue duquel ils lui ont été conférés » (CJCE, 10 mars 2005, *Italie c/ Commission*, Aff. C-400/99, Rec. I- 3657, pt.38).

²⁰⁹ CJCE, 21 juin 1958, *Hauts fourneaux et aciéries belges c/ Haute Autorité*, Aff. 8/57, Rec. 225.

²¹⁰ On retrouve à nouveau ici l'influence allemande, puisque le principe de proportionnalité n'est pas comme dans le contentieux administratif français le signe d'un contrôle maximum, mais un principe général du droit applicable quelle que soit l'intensité du contrôle mis en œuvre par le juge.

argumentations des parties (et donc soumis au principe de l'immutabilité du litige une fois le délai de recours arrivé à échéance) et ceux qui peuvent être soulevés d'office par le juge jusqu'au délibéré. Incompétence et violation des formes substantielles sont en effet généralement qualifiées de moyens d'ordre public. Il faut y ajouter l'inexistence de l'acte, théorie d'usage peu fréquent, qui peut être soulevée en dehors de l'initiative des parties²¹¹.

b. L'intensité du contrôle

Une fois appréhendée l'étendue du contrôle de légalité, il faut encore s'attacher à décrire son intensité. Celle-ci est en effet variable et la doctrine s'accorde à distinguer deux niveaux de contrôle (dont les effets se cantonnent à la légalité interne). Dans le contrôle normal, l'ensemble des opérations nécessaires à l'application de la règle de droit est contrôlé : établissement des faits, qualification juridique, détermination de l'objet de l'acte et du but poursuivi. Dans l'hypothèse du contrôle restreint ou minimal, la baisse d'intensité du contrôle s'observe à la fois dans « la détermination du fait et du droit » et dans la « confrontation du fait au droit »²¹². Bien qu'elle n'ait pas été consacrée par la Cour de justice, qui traite indifféremment du « pouvoir discrétionnaire », il est plus pratique de reprendre ici la présentation conçue par la doctrine publiciste allemande. En effet, on observe une variation de l'intensité du contrôle dans deux hypothèses majeures : lorsque la règle d'habilitation confère à l'institution un pouvoir discrétionnaire, c'est-à-dire un pouvoir de choix quant au contenu de l'acte adopté, et lorsque celle-ci reconnaît une marge d'appréciation à l'auteur de l'acte attaqué dans l'élaboration des motifs de l'acte.

La reconnaissance du pouvoir discrétionnaire implique que, dans le cadre de motifs déterminés et licites, il existe plusieurs dispositifs possibles se départageant seulement par des considérations d'opportunité. Cette liberté de choix peut concerner le but ou l'objectif à poursuivre (et qui doit être identifiable d'après les motifs de l'acte), ainsi que les moyens de l'atteindre, c'est-à-dire le contenu normatif de l'acte. Le juge communautaire considère que ce choix dépasse le champ de la légalité soumise à son examen et refuse d'y substituer sa propre appréciation. Toutefois l'identification d'une erreur manifeste dans la détermination du contenu de l'acte attaqué permet d'« objectiviser » l'examen juridictionnel et de sanctionner le choix normatif opéré. On retrouve cette configuration pour les actes administratifs individuels (par exemple, dans le contentieux de la fonction publique communautaire ou des

²¹¹ CJCE, 15 juin 1994, *Commission c/ BASF e.a.*, Aff. jointes C-137/92 P e.a, Rec. I-2555.

²¹² Selon la terminologie adoptée dans ses travaux de thèse par D. RITLENG.

aides d'Etats avec le pouvoir de dérogation de l'article 107§3 TFUE) comme pour les actes « réglementaires » ou « législatifs » (la Cour répète ainsi dans une jurisprudence constante que la poursuite des objectifs définis par les dispositions relatives à la PAC confère aux institutions un pouvoir discrétionnaire quant aux moyens de les réaliser, aussi bien au niveau des actes de base que dans l'adoption d'actes d'exécution de portée générale par la Commission).

Le juge pourra alors annuler un acte en raison du caractère manifestement inadéquat du choix opéré quant à l'objectif poursuivi ou à son contenu normatif. Même en absence d'énumération des mesures possibles, autrement dit lorsque le pouvoir discrétionnaire est *a priori* le plus grand, le caractère manifeste de l'erreur peut se découvrir dans la comparaison entre les différents éléments de l'acte (motifs, objet et but de l'acte).

La reconnaissance d'une marge d'appréciation doit être distinguée car elle se répercute uniquement sur les motifs. Dans l'établissement – hypothèse toutefois rare²¹³ – et l'appréciation des faits, la juridiction communautaire est susceptible de reconnaître une marge d'erreur ne l'amenant à sanctionner la décision prise qu'en cas, là aussi, d'erreur manifeste. La reconnaissance par le juge de cette marge d'appréciation peut résulter de plusieurs facteurs : complexité de l'analyse factuelle (particulièrement en matière économique où l'institution est souvent amenée à réaliser des raisonnements prédictifs), technicité de la matière (par exemple en matière d'évaluation médicale), subjectivité de l'évaluation (mérites d'un fonctionnaire), et indétermination de la norme d'habilitation (indétermination pouvant toutefois être supprimée par les précédents jurisprudentiels²¹⁴) sont les éléments les plus fréquemment identifiés.

L'autorité disposant d'un pouvoir discrétionnaire ou d'une marge d'appréciation reste soumise aux principes généraux du droit qui peuvent réduire sa liberté de décision. C'est notamment le cas avec le principe de proportionnalité²¹⁵, même si généralement le juge

²¹³ Par exception, l'abaissement du standard de contrôle s'observe parfois dans l'établissement des faits s'ils « ne peuvent faire l'objet d'une constatation objective, exhaustive et exacte, quand leur mise en évidence n'est susceptible que d'une évaluation ou d'une appréciation, donc d'une approximation » (D. RITLENG, « Le juge communautaire de la légalité et le pouvoir discrétionnaire des institutions communautaires », *AJDA*, 1999, p. 645). Le plus souvent, c'est cependant dans l'opération d'appréciation des faits que réside la marge d'appréciation.

²¹⁴ Aude Bouveresse parle à ce sujet de marge d'interprétation (*Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2010).

²¹⁵ Le principe de proportionnalité implique un triple examen : la mesure doit objectivement être adéquate, nécessaire, et justifiée par l'intérêt poursuivi.

n'admet de censurer que des mesures « manifestement disproportionnées » (en particulier lors du contrôle d'acte de portée générale).

S'agissant de l'objet d'étude, la distinction entre les actes réglementaires et législatifs ne semblent pas constituer un critère déterminant de l'intensité du contrôle. Et si certains auteurs s'accordent à voir dans la portée générale ou individuelle de l'acte une des causes de la reconnaissance d'un pouvoir discrétionnaire²¹⁶, il semble difficile d'affirmer une corrélation nécessaire et systématique entre l'intensité du contrôle et la nature de l'acte examiné²¹⁷. Mais surtout, comme nous l'avons vu, la dimension normative d'un acte n'est pas réductible aux seuls actes législatifs mais est également reconnue dans le cadre de l'exécution. La nature individuelle ou non d'un acte semble en définitive davantage pertinente pour différencier ceux qui sont susceptibles d'un contrôle direct de légalité et ceux qui relèvent en principe d'un contrôle indirect lorsque le demandeur est un particulier.

3. Les effets du contrôle de validité

La dimension objective du contrôle de légalité se retrouve au stade des effets du constat d'une illicéité. S'il est fait droit à la demande, la décision du juge est en effet revêtue de l'autorité de chose jugée et s'impose *erga omnes* (classiquement, l'autorité n'est que relative dans le cas contraire).

L'article 264 TFUE rappelle à ce titre que dans ce cas, la Cour doit déclarer l'acte en cause « nul et non avenu ». Comme l'annulation prononcée par le Conseil d'Etat, la nullité consacrée par le traité a donc en principe un effet rétroactif (un effet *ex tunc* dans le langage communautaire). Elle peut par exception ne valoir que pour l'avenir, puisque la juridiction peut indiquer « ceux des effets de l'acte annulé qui doivent être considérés comme définitifs » (le Traité de Rome limitait cette possibilité aux seuls règlements, mais la révision du Traité de Lisbonne a tiré les conséquences de la jurisprudence qui avait étendu cette possibilité à l'ensemble des actes communautaires et non seulement aux règlements). On parlera alors d'effet *ex nunc* de l'annulation. La modulation est subordonnée aux exigences de l'intérêt

²¹⁶ CJCE, 19 novembre 1998, *Royaume-Uni c/ Conseil*, Aff. C-150/94, Rec. I-7235. La Cour reconnaît également que l'obligation de motivation qui pèse sur l'adoption d'un acte de portée générale est moins lourde, ce qui n'est pas sans lien avec le pouvoir de décision dans la conception communautaire.

²¹⁷ Dans la mise en œuvre de son pouvoir décisionnel en matière concurrence, la Commission s'est en effet parfois vu reconnaître un pouvoir large d'appréciation pour l'adoption d'acte individuel. De même, l'unité du régime de responsabilité de l'Union nous paraît confirmer l'hypothèse d'une indifférenciation de l'appareil juridictionnel dans le contrôle des actes de l'Union, qu'il soit de portée générale ou non.

général, et plus particulièrement à celles qui s'attachent au maintien de la sécurité juridique. Les arrêts réservent toutefois la situation du requérant à l'origine de l'annulation et celle des requêtes pendantes en cas de modulation. Ce pouvoir a également été mis en œuvre dans le cadre du renvoi préjudiciel en appréciation de validité.

Au-delà des effets temporels de l'annulation, celle-ci emporte des obligations pour les institutions. Elles sont tenues d'exécuter dans un « délai raisonnable » les arrêts faisant droit à un recours en annulation ou en carence, en application de l'article 266 TFUE (ce qui peut impliquer des mesures de remise en l'état de la situation juridique du requérant). La Cour a toujours interprété cet article, qui fonde l'autorité de chose jugée des ses arrêts, comme excluant qu'elle se reconnaisse un pouvoir d'injonction à l'encontre des institutions de l'Union. Elle défend cette position en arguant du caractère inutile de cette compétence, dès lors que l'obligation d'exécution est clairement affirmée par le droit originaire et que l'autorité de chose jugée s'étend au dispositif et aux motifs qui en sont le soutien nécessaire. Etant donné la précision et la longueur des motivations rendues, il faut reconnaître que les conséquences de l'annulation sont rarement incertaines. Dans l'hypothèse inverse, la reconnaissance d'un pouvoir discrétionnaire impose à la Cour de respecter l'autonomie décisionnelle des institutions de sorte qu'elle ne pourrait chercher par la reconnaissance d'un pouvoir d'injonction à leur ôter leur liberté de choix dans l'exécution de l'arrêt.

B. Les contrôles indirects

Comme nous l'avons déjà indiqué, le contrôle de légalité des actes y compris réglementaires de l'Union n'est pas exclusivement opéré par le biais des recours en annulation et en carence. Indirectement en effet les juridictions de l'Union peuvent être saisies, soit par la voie de l'exception (1), soit, ce qui est quantitativement et substantiellement beaucoup plus important, par la voie des questions préjudicielles en appréciation de validité (2).

1. L'exception d'illégalité

L'exception d'illégalité n'est pas une voie de droit autonome puisqu'elle doit toujours être invoquée dans le cadre d'un autre litige (le plus souvent dans le cadre du recours en annulation, mais il est possible aussi de l'évoquer dans le cadre des autres recours et

notamment du recours en indemnité). Mais c'est bien une voie de droit même si elle est accessoire, prévue par les traités communautaires. Le principal intérêt de l'exception d'illégalité, c'est en principe d'ouvrir le contentieux à l'encontre des actes de portée générale au moyen d'un recours à l'encontre des actes d'exécution contre lesquels les requérants remplissent les conditions de *locus standi*.

Dans le Traité CECA elle était invocable de façon très exceptionnelle, alors que dans les Traités CE et CEEA, elle est conçue plus largement. Elle n'a depuis lors pas été modifiée et l'article 277 TFUE indique aujourd'hui que toute partie peut, à l'occasion d'un litige mettant en cause un acte de portée générale, invoquer son inapplicabilité en se fondant sur n'importe lequel des moyens invocables dans le cadre du recours en annulation. Classiquement, la juridiction ne peut l'annuler mais peut alors le déclarer inapplicable.

Il est intéressant de noter que l'exception d'illégalité n'est ouverte que contre les actes de portée générale, ce qui englobe bien sûr les actes réglementaires.

En dépit de son intérêt théorique, l'exception d'illégalité est très peu utilisée. Il faut dire que ses conditions d'utilisation sont par nature restrictives. Ainsi, l'exception d'illégalité reste un recours accessoire ouvert uniquement à l'occasion d'un autre recours direct, à l'exclusion des questions préjudicielles²¹⁸. En outre on ne peut invoquer l'illégalité d'un acte B à l'occasion d'un recours contre l'acte A qu'à condition qu'il y ait un lien direct entre les actes A et B, soit que B soit la base juridique de A, soit qu'il soit l'un des éléments d'une chaîne d'actes juridiques²¹⁹.

Pour le reste, il faut distinguer suivant qu'elle est mise en œuvre par les particuliers ou par les Etats. Dans le premier cas, l'interprétation du traité par la Cour a été relativement libérale pour ouvrir au maximum cette voie de droit, notamment dans le but de compenser le fait que le recours en annulation n'est pas très ouvert pour les particuliers. C'est ainsi que la Cour a interprété largement le terme de « règlement » qui figurait initialement dans le traité en l'étendant à tous les actes qui, même s'ils ne répondent pas à cette appellation, produisent des effets de droit similaires²²⁰. La version actuelle ne fait donc que reprendre cette évolution jurisprudentielle. Cependant, l'exception d'illégalité n'est pas d'une grande utilité pour les

²¹⁸ CJCE, 15 février 2001, *Nachi Europe*, Aff. C-239/99, Rec. I-1197.

²¹⁹ Est ainsi possible l'exception d'illégalité contre l'avis d'ouverture d'un concours à l'appui d'un recours en annulation dirigé contre la décision de rejet de candidature du requérant, TPI, 16 sept 1993, *Noonan*, Aff. T-60/92, Rec. II-911.

²²⁰ CJCE, 6 mars 1979 *Simmenthal*, Aff. 92/78, Rec. 777, sur les avis d'adjudication sur la vente de produits agricoles stockés.

particuliers dès lors qu'en vertu du principe d'administration indirecte, les actes d'application sont le plus souvent adoptés par les institutions nationales.

En revanche, s'agissant des Etats et des institutions qui peuvent facilement accéder au recours en annulation, la Cour a été plus sévère. La Commission a même soutenu pendant un certain temps la thèse que l'exception d'illégalité leur était complètement fermée²²¹. Ce n'est pas le cas, mais et même si la jurisprudence peu fournie n'est pas très claire, la Cour n'y est pas très favorable et l'hypothèse demeure exceptionnelle²²².

Beaucoup plus fréquent est le contrôle de validité opéré dans le cadre de la question préjudicielle.

2. La complémentarité du contrôle incident par voie préjudicielle

Il n'est pas certain que la première raison d'être du mécanisme préjudiciel mis en place dès l'origine dans le cadre communautaire soit d'organiser une forme de contrôle de validité compensatoire. Il vise en réalité d'abord et avant tout à structurer un espace juridictionnel composite dans lequel nul lien de type hiérarchique n'unit juridictions communautaires et juridictions nationales. Le mécanisme de la question préjudicielle a alors permis aux juridictions nationales et communautaires de nouer des rapports de système et d'assurer par là même la diffusion et l'application uniforme du droit communautaire dans les ordres juridiques nationaux. Il ne s'agit d'ailleurs pas à proprement parler d'un recours contentieux, mais d'un mécanisme de coopération judiciaire (suivant les termes mêmes de la Cour) qui établit la participation de la Cour de justice au règlement du contentieux dévolu aux juridictions nationales. Il joue un rôle fondamental dans le système juridictionnel européen, ne serait-ce pour des raisons quantitatives, puisque la question préjudicielle représente environ 50 % de l'activité de la Cour.

Mais il constitue aussi une forme d'autant plus importante de contrôle de validité des actes réglementaires et/ou de portée générale que, comme nous l'avons indiqué, l'accès direct au prétoire des juridictions de l'Union est limité dans le cadre du recours en annulation contre ce

²²¹ Par analogie avec la situation des requérants individuels qui ne peuvent par le biais de l'exception d'illégalité, contourner le caractère définitif d'un acte qu'ils auraient oublié d'attaquer dans le délai contentieux, alors qu'ils étaient manifestement recevables à le faire (TPI, 12 juillet 2001, *Kristina Kik*, Aff. T-120/99, Rec. II-2235).

²²² Voir par exemple CJCE, 10 juillet 2003, *Commission c/ BCE*, Aff. C-11/00, Rec. I-7147 ou 15 mai 2008, *Royaume d'Espagne contre Conseil de l'Union européenne*, Aff. C-442/04, Rec.. I-3517.

type d'actes pour les particuliers. Tel n'est évidemment pas le cas de la question préjudicielle qui est au contraire, d'un certain point de vue, très largement ouverte²²³.

L'article 267 TFUE prévoit que la Cour est compétente pour statuer à titre préjudiciel et à la demande d'un juge interne non seulement sur l'interprétation des textes communautaires, mais aussi et même surtout au regard de l'objet de notre étude sur l'appréciation de validité des actes du droit dérivé. Or la Cour a très rapidement assimilé l'appréciation de validité à l'appréciation de légalité. C'est ainsi qu'elle a estimé que les cas d'ouverture étaient les mêmes que ceux du recours en annulation, tout comme le « bloc de légalité » à faire respecter. Seules diffèrent les conséquences puisque la Cour ne peut, dans le cadre préjudiciel, annuler l'acte, mais simplement « dire pour droit » qu'il est invalide, en principe avec un effet rétroactif mais le cas échéant exclusivement à partir de la date de son arrêt²²⁴. Cela implique certes sa non-application par la juridiction qui a procédé au renvoi, mais n'empêche pas l'acte de continuer d'exister (même les institutions).

Comparable au recours en annulation, le renvoi préjudiciel en appréciation de validité est en outre très largement ouvert. Il convient de noter que la Cour a ainsi toujours eu de la notion de « droit dérivé » l'interprétation la plus large possible et que sont par suite nécessairement inclus l'ensemble des actes de portée générale et donc *a fortiori* des actes réglementaires. De même, la Cour a également retenu une acception très large de la notion de juridiction nationale au sens de l'article 267 TFUE²²⁵. Elle a en revanche, du fait sans doute d'un développement quantitatif important, été amenée à appliquer plus restrictivement la condition selon laquelle la réponse à la question préjudicielle posée doit être nécessaire à la résolution d'un litige devant la juridiction nationale.

La logique d'ouverture de la question préjudicielle n'est toutefois pas sans limite et la « compensation » ainsi offerte aux particuliers n'est que relative.

D'une part, il convient de relever qu'existe en droit communautaire une exception de recours parallèle. La question préjudicielle en appréciation de validité n'est ainsi pas recevable si

²²³ Les Etats membres sont d'ailleurs invités par l'article 19§1, al. 2 TUE à établir « les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union », ce qui suppose la possibilité d'invoquer d'un acte communautaire servant de base juridique à une mesure nationale.

²²⁴ CJCE, 15 octobre 1980, *SA Roquette c/ France*, Aff. 145/79, Rec. 2917.

²²⁵ CJCE, 6 octobre 1981, *Broekmeulen c/ Huisarts Registratie Commissie*, aff. 246/80, Rec. 2311.

manifestement la partie concernée avait été au préalable en mesure de requérir utilement en annulation²²⁶.

D'autre part, comme nous l'avons déjà indiqué, la question préjudicielle est une procédure de juge à juge et, même encadrée par les obligations de renvoi qui pèsent sur les juridictions nationales en cas de doute sérieux sur la validité d'un acte, la marge d'appréciation du juge national demeure.

Bibliographie

- F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, Paris, Dalloz, 2003, 1136 p.
- B. BERTRAND, *Le juge de l'Union européenne, juge administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 1170 p.
- A. BOUVERESSE, *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 675 p.
- P. CASSIA, *L'accès des personnes physiques ou morales au juge de la légalité des actes communautaires*, Paris, Dalloz, 2002, 1045 p.
- L. COUTRON, *La contestation incidente des actes de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 872 p.
- P-Y. MONJAL, *Recherches sur la hiérarchie des normes communautaires*, Paris, LGDJ, 2000, 568 p.
- D. RITLENG, *Le contrôle de la légalité des actes communautaires par la Cour de Justice et le Tribunal de première instance des communautés européennes*, Strasbourg, 1998, 725 p.
- C. BLUMANN, « A la frontière de la fonction législative et de la fonction exécutive : les “nouveaux” actes délégués », in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, p. 127-144.
- L. COUTRON, « Premières précisions sur la clause “Jégo-Quéré” », *Revue des Affaires Européennes*, 2012, n°1, p. 163-169.
- M. FROMONT, « L'influence du droit français et du droit allemand sur les conditions de recevabilité du recours en annulation devant la Cour de Justice des Communautés européennes », *Revue trimestrielle de droit européen*, 1966, Vol. 2, p. 47.
- D. RITLENG, « Le juge communautaire de la légalité et le pouvoir discrétionnaire des institutions communautaires », *Actualité juridique - droit administratif*, 1999, p. 645.

²²⁶ CJCE, 11 novembre 1997 *Eurotunnel*, Aff. C-408/95, Rec. I-6315.

